

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**TAMILA CAVALER PESSOA DE MELLO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE TEMPO ÚTIL  
O valor social e jurídico do tempo e a sua violação como uma nova categoria de dano  
indenizável ao consumidor**

**FLORIANÓPOLIS**

**2013**

**TAMILA CAVALER PESSOA DE MELLO**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE TEMPO ÚTIL**

**O valor social e jurídico do tempo e a sua violação como uma nova categoria de dano indenizável ao consumidor**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

**FLORIANÓPOLIS**

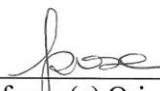
**2013**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

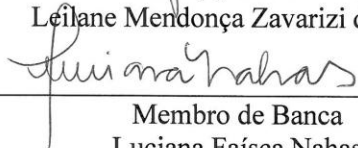
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A responsabilidade civil pela perda de tempo útil: o valor social e jurídico do tempo e a sua violação como uma nova categoria de dano indenizável ao consumidor**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Tamila Cavaler Pessoa de Mello**, defendida em **06/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (Dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

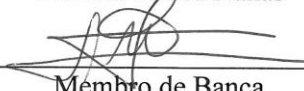
Florianópolis, 6 de dezembro de 2013.

  
\_\_\_\_\_  
Professor(a) Orientador(a)

Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

  
\_\_\_\_\_  
Membro de Banca

Luciana Faísca Nahas

  
\_\_\_\_\_  
Membro de Banca

Ana Carolina Ceriotti

**O Tempo Não Para**

*Cazuza*

**Quem mata o tempo não é assassino, mas suicida**

*Millôr Fernandes*

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica e necessidade do reconhecimento de um novo tipo de dano, o *dano temporal*, também alcunhado como *perda de tempo útil* ou *desvio produtivo do consumidor*<sup>1</sup>. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, o procedimento de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial. Primeiramente, são abordados alguns dos princípios constitucionais e infraconstitucionais considerados de maior relevância para a orientação da defesa do consumidor. A partir da análise destas diretrizes, é possível compreender o real alcance que o constituinte pretendeu conferir à tutela do sujeito vulnerável da relação de consumo. Alçado ao patamar de direito fundamental (art. 5º, XXXII, CRFB/1988) e à categoria de princípio orientador da ordem econômica (art. 170, V, CRFB/1988), a defesa do contraente vulnerável recebeu regramento jurídico próprio com o advento do Código de Defesa do Consumidor. Tal diploma ampliou o rol de princípios norteadores e direitos assegurados ao consumidor, incluindo a ampla reparação de quaisquer danos acarretados a este pelo fornecedor. Dentre estes, recebe proteção expressa o dano moral e material (art. 6º, VI, CDC). A seguir, discute-se a possibilidade de tutela contra novos tipos de danos, que não os expressamente previstos pela CRFB/1988 e pelo CDC. O estudo da evolução da responsabilidade civil evidencia a tendência do instituto à concessão cada vez mais ampla de proteção às vítimas de dano. A admissão das presunções de culpa, o advento da responsabilidade objetiva, a relativização do nexo de causalidade e o alargamento do rol de danos tuteláveis demonstra a mudança de paradigma do instituto, que deixa de se concentrar na análise do grau de culpabilidade do ofensor para se ater ao ressarcimento dos prejuízos acarretados às vítimas, conferindo a estas um maior grau de proteção. Ademais, o ordenamento brasileiro é atípico, por não estipular um rol taxativo de bens tuteláveis, permitindo uma ampliação dos bens jurídicos protegidos e cuja violação acarreta o dever de indenizar. Tal já tem sido aplicado em âmbito nacional, como os conhecidos exemplos do dano pela perda de uma chance e do dano pelo abandono sócio afetivo. O bem jurídico *tempo* possui inegável valor pessoal e social, por se constituir na expressão da própria vida humana. O reconhecimento deste dano temporal, portanto, mostra-se compatível com os ditames constitucionais e legais que regem a matéria. Assim como o diploma consumerista visa conferir a maior tutela possível contra a ocorrência de quaisquer danos, o instituto da responsabilidade civil ampara seu reconhecimento, na medida em que estabelece uma cláusula geral de ressarcimento de danos (art. 927, CC), sem limitar o rol de bens tuteláveis pelo sistema jurídico. Parcela da doutrina – com destaque ao autor Marcos Dessaune – e da jurisprudência – com o notável exemplo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – reconhece o dano temporal como dano ressarcível, adotando posição distinta da jurisprudência majoritária, que considera a perda de tempo do consumidor um mero dissabor, contratempo não reparável. O não reconhecimento desta nova categoria de dano não se coaduna com a gama de direitos e princípios que regem a matéria, na medida em que não tutela a perda de um dos bens mais preciosos e escassos do homem consumidor: o tempo.

**Palavras-chave:** Princípios Constitucionais. Código de Defesa do Consumidor. Vulnerabilidade. Dignidade da Pessoa Humana. Ordem Econômica. Responsabilidade Civil. Ampliação das Categorias de Danos. Perda de Tempo Útil. Desvio Produtivo. Dano Temporal. Dano Moral.

---

<sup>1</sup> Termo cunhado pelo autor Marcos Dessaune na obra *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo perdido*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1. DA TUTELA ASSEGURADA AO CONSUMIDOR.....</b>	<b>8</b>
<b>1.1 Aspectos iniciais .....</b>	<b>8</b>
1.1.1 Dos novos desafios enfrentados pelo consumidor .....	8
1.1.2 Evolução da tutela do consumidor: do diploma civilista de 1916 ao estatuto protetor de 1990 .....	9
1.1.3 Do conceito de consumidor e fornecedor.....	11
<b>1.2 Dos fundamentos constitucionais que informam a tutela do consumidor .....</b>	<b>12</b>
1.2.1 Da dignidade da pessoa humana e dos direitos correlatos .....	14
1.2.2 Da isonomia.....	15
1.2.3 Da liberdade .....	16
1.2.4 Dos princípios gerais e fins buscados pela ordem econômica .....	18
<b>1.3 Dos fundamentos infraconstitucionais que informam a tutela do consumidor .....</b>	<b>22</b>
1.3.1 Considerações iniciais sobre a Política Nacional de Relações de Consumo .....	22
1.3.2 Dos princípios legais que orientam a tutela do consumidor.....	24
1.3.3 Dos direitos assegurados ao consumidor .....	31
<b>2. DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....</b>	<b>37</b>
<b>2.1 Aspectos iniciais .....</b>	<b>37</b>
2.1.1 Conceito da responsabilidade civil e elementos básicos: a conduta, o nexo causal e o dano .....	37
2.1.2 Danos consolidados e tutelados pelo instituto.....	41
<b>2.2 A evolução da responsabilidade civil e o estabelecimento de novos paradigmas..</b>	<b>44</b>
2.2.1 Do advento da responsabilidade objetiva, da relativização do nexo causal e da ampliação dos danos tuteláveis.....	44
2.2.2 Da possibilidade jurídica de reconhecimento de novos danos .....	46
<b>2.3 Dos novos danos.....</b>	<b>48</b>
2.3.1 Da perda de uma chance.....	50
2.3.2 Do abandono sócio afetivo .....	51
2.3.3 Do dano moral punitivo.....	52
<b>2.4 Da responsabilidade civil no âmbito do Código de Defesa do Consumidor .....</b>	<b>54</b>
<b>3. DO DANO TEMPORAL: a perda de tempo útil do consumidor.....</b>	<b>56</b>
<b>3.1. Do tempo em seus vários aspectos .....</b>	<b>56</b>

3.1.1 O valor social do tempo .....	56
3.1.2 A expressão do tempo nos institutos jurídicos .....	57
3.1.3 O tempo como meio de exercício de outros direitos constitucionalmente assegurados	58
<b>3.2 Da perda de tempo como novo dano.....</b>	<b>58</b>
3.2.1 Da tese do Desvio Produtivo, de Marcos Dessaune .....	58
3.2.1 Os novos posicionamentos jurisprudenciais acerca da <i>Perda de Tempo Útil</i> : do mero dissabor ao enquadramento como dano moral.....	63
<b>3.3 Do reconhecimento do novo dano temporal .....</b>	<b>70</b>
3.3.1 Da necessidade do reconhecimento do bem jurídico tempo .....	70
3.3.2 Da possibilidade jurídica do reconhecimento do dano temporal .....	76
<b>3.4 Da concretização da tutela ao consumidor.....</b>	<b>81</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>88</b>

## INTRODUÇÃO

O consumidor enfrenta um novo desafio na atual sociedade de massa: o mau atendimento prestado pelos fornecedores, responsável pela chamada *perda de tempo útil* ou *desvio produtivo*<sup>2</sup>. Seja a demora na solução de uma falha apresentada pelo produto ou serviço, na restituição de um valor cobrado indevidamente, na entrega do bem adquirido ou na prestação do serviço contratado, dentre outros exemplos cotidianos, torna-se cada dia mais corriqueira a *perda de tempo* imposta ao consumidor, que se vê obrigado a desperdiçar parcela de seu tempo na solução das falhas a que somente o fornecedor dera causa.

No entanto, ainda se discute se a perda de tempo imposta ao consumidor constitui prática vedada pela sistemática jurídica atual ou mero dissabor, tolerável no âmbito das relações consumeristas. O posicionamento majoritário é de que tal prática constitui-se em mero dissabor, não sendo sua violação passível de reparação.

Os questionamentos que ora se impõem para a solução desse impasse concernem à possibilidade de tutela desse novo dano temporal e à discussão acerca da especial disciplina jurídica destinada aos consumidores, que deve servir para justificar a inibição de tais práticas. Este trabalho tem por escopo estudar a possibilidade – e a necessidade – de reconhecimento desse novo *dano temporal* pela doutrina e jurisprudência pátrias. Para tanto, são desenvolvidos três capítulos.

No primeiro capítulo serão abordados os princípios constitucionais e legais que orientam a proteção conferida ao consumidor. O objetivo é elucidar a importância que a defesa do contraente vulnerável adquiriu a partir do advento da Constituição de 1988 e da promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Serão analisados, ainda, alguns dos direitos básicos a este assegurados, com enfoque nos vícios e defeitos dos produtos e serviços, bem como nas práticas abusivas decorrentes da quebra da boa-fé objetiva. A alusão a estes se fará em razão de suas violações constituírem relevante causa da *perda de tempo útil* acarretada ao consumidor.

No segundo capítulo serão analisados os elementos essenciais da responsabilidade civil: a conduta, o dano e o nexo causal. Serão abordados, ainda, os danos tradicionalmente tutelados pelo instituto em questão, bem como a possibilidade jurídica de ampliação do rol de bens protegidos pelo ordenamento pátrio. Tal questão se mostra de fundamental importância, na medida em que o bem *tempo* não encontra previsão expressa no sistema brasileiro. Ao final

---

<sup>2</sup> Termo cunhado por Marcos Dessaune, autor da obra *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



deste capítulo, serão analisados alguns dos novos danos reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, com o intuito de evidenciar a possibilidade de extensão do rol de bens jurídicos.

No terceiro capítulo será feita uma breve análise da importância pessoal, social e jurídica do bem *tempo*. Após, será abordada a tese do *Desvio Produtivo do Consumidor*, na obra de mesmo título, de autoria do advogado Marcos Dessaune. A seguir, serão analisados alguns julgados que aplicam a Teoria da Perda de Tempo Útil do consumidor – em especial os prolatados no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro –, os quais impõem ao fornecedor que dera causa ao dano o dever de ressarcir o tempo despendido pelo consumidor na resolução da falha a que dera causa. Por fim, será feita a defesa do reconhecimento desse novo dano, tomando-se como base a efetivação dos princípios constitucionais que regem as relações de consumo e a possibilidade de aplicação da cláusula geral de ressarcimento de danos.

Após, seguem as considerações finais e as referências bibliográficas.

## **1. DA TUTELA ASSEGURADA AO CONSUMIDOR**

### **1.1 Aspectos iniciais**

#### **1.1.1 Dos novos desafios enfrentados pelo consumidor**

Muito se houve falar de algumas práticas comerciais notadamente conhecidas pelo público, que constituem um verdadeiro desrespeito ao consumidor. Em que pese a busca pela sua coibição, ainda é comum a ocorrência das famosas vendas casadas, bem como a limitação quantitativa da compra de produtos em estabelecimentos comerciais, em afronta direta à previsão estatuída no diploma consumerista. Também é corriqueira ainda a divulgação, por meio publicitário, de informações que não condizem em sua totalidade com as qualidades e características dos produtos ou serviços comercializados.

Dentre tantos outros exemplos cotidianos, uma nova prática vem sendo cometida pelos atuais prestadores de serviço: o mau atendimento fornecido ao consumidor, responsável pela chamada perda de tempo útil ou, nos termos cunhados por Marcos Dessaune<sup>3</sup>, desvio produtivo do consumidor.

O tempo despendido no cancelamento de um cartão de crédito, na fila de um banco, no saguão de um aeroporto, na liberação de um seguro de saúde, dentre outros exemplos rotineiros, apresenta-se por vezes abusivo e intolerável. No entanto, ainda se discute se a perda de tempo imposta ao consumidor constitui prática vedada pela sistemática jurídica atual ou mero dissabor, tolerável no âmbito das relações consumeristas.

Os questionamentos que ora se impõem para a solução desse impasse concernem à possibilidade de tutela desse novo dano temporal. Será que este é passível de proteção? A responsabilidade civil dá substrato para o amparo de tal dano? O arcabouço constitucional e legal construído ao longo das últimas décadas possibilita a tutela de tais casos? Afinal, a disciplina jurídica especial destinada aos consumidores não justifica a inibição de tais práticas?

---

<sup>3</sup> Autor da obra *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

### 1.1.2 Evolução da tutela do consumidor: do diploma civilista de 1916 ao estatuto protetor de 1990

Ao longo do século XIX, o diploma vigente à época fora se mostrando cada vez mais insuficiente para tutelar todos os aspectos da vida social, mostrando-se um diploma insatisfatório à sociedade que se erigia após o fortalecimento progressivo da economia de mercado e a intensificação do modo de produção capitalista, que teve suas origens com a revolução industrial na Inglaterra do século XVIII<sup>4</sup>.

O aumento populacional e, em consequência, o aumento no número de indivíduos com poder aquisitivo para a compra de mercadorias, somado à tecnologia ascendente, fez com que a indústria investisse na produção homogênea de bens em série, diminuindo os custos e aumentando a oferta de produtos<sup>5</sup>.

O capitalismo, agora exacerbado, criou uma verdadeira *sociedade de consumo*, fato este que implicou em uma mudança não somente na forma de produzir, mas também na forma de contratar<sup>6</sup>. Após a fabricação de bens em série, sobreveio a formulação de contratos nos mesmos moldes (os posteriormente denominados contratos de adesão): o produto massificado seria comercializado por meio de um contrato também massificado<sup>7</sup>.

Em que pese todas essas mudanças sociais, ainda vigia a tradição privatista do século XIX na análise dos contratos firmados, em especial com a aplicação do famoso aforismo do *pacta sunt servanda*. A máxima da autonomia de vontade e a presunção de paridade entre as partes contratantes – características típicas dos contratos regidos pelo Código Civil – não se amoldava perfeitamente aos negócios firmados por essa nova *categoria* de contraentes, os chamados consumidores<sup>8</sup>.

O entendimento desta realidade não somente põe a prova o dogma da autonomia da vontade, como também torna questionável a igualdade jurídica abstrata até então vigente e predominante<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Para ver mais sobre a evolução e interpretação do Código de Defesa do Consumidor: Rizzatto Nunes. *Curso de Direito do Consumidor*. 6 ed, São Paulo: Saraiva, 2011; Carlos Alberto Bittar. *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*, 4 ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991; João Batista de Almeida. *A proteção jurídica do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1993; Ricardo Antônio Lucas Camargo. *A interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992; Maria Antonieta Zanardo Donato. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

<sup>5</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

<sup>6</sup> DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, p. 16.

<sup>7</sup> NUNES, 2011, p. 42.

<sup>8</sup> NUNES, 2011, p. 39.

<sup>9</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 51.

A ausência de qualquer elemento volitivo por parte deste grupo na formação dos contratos já deveria ser suficiente para justificar uma interpretação distinta das cláusulas nele constantes. Afinal, o “consumidor não senta à mesa para negociar cláusulas contratuais”<sup>10</sup>.

Antes do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor existiam leis esparsas que buscavam conferir algum grau de proteção ao contraente vulnerável, como o Decreto Lei n.º 58/1937 (loteamento e venda de terrenos), a Lei n.º 1.521/1951 (crimes contra economia popular), a Lei nº 4.137/1962 (repressão e abuso do poder econômico), bem como órgãos governamentais que fiscalizavam possíveis fraudes ou abusos econômicos. No entanto, não se mostravam suficientes para a tutela deste grupo.<sup>11</sup> A legislação desatualizada e a proteção quase que restrita à esfera administrativa não davam conta da nova realidade social<sup>12</sup>.

A diferença do poderio econômico entre as partes desequilibrava qualquer relação que se estabelecesse entre estas. O Código Civil de 1916, por sua vez, mostrava-se cada dia mais inadequado para o regramento de tais situações. Precisava o direito se adaptar à nova realidade, sob pena de se tornar inócuo. Naturalmente, a mudança social impunha a mudança do ordenamento jurídico que possuía a pretensão de regulá-la.

A fragilidade do consumidor perante o fornecedor deveria ser contrabalanceada por um tratamento jurídico protetor, mesclando medidas preventivas, coercitivas e punitivas que servissem para a proteção da vida, saúde e segurança<sup>13</sup>. Daí sobreveio a necessidade de elaboração de normas consumeristas, mais adequadas para sua tutela. A reação era natural ante o quadro que se apresentava, caracterizado pela fragilidade do consumidor e ineficiência, à época, dos instrumentos destinados a sua proteção<sup>14</sup>.

O constituinte de 1988, atendendo aos anseios da população, concedeu proteção constitucional ao consumidor, “elevando-a à categoria dos direitos individuais e coletivos e, concomitantemente, aos deveres impostos ao Estado (art. 5º, XXXII, CF/88), bem como a princípio basilar da ordem econômica (art. 170, V)”<sup>15</sup>, sobrevivendo, após, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990. A entrada em vigor deste diploma revolucionou não só o modo de contratar no âmbito das relações de

---

<sup>10</sup> NUNES, 2011, p. 43.

<sup>11</sup> DONATO, 1993, p. 21-22.

<sup>12</sup> ALMEIDA, 1993, p. 19

<sup>13</sup> DONATO, 1993, p. 18-19.

<sup>14</sup> ALMEIDA, 1993, p. 15

<sup>15</sup> DONATO, 1993, p. 20.

consumo, mas as próprias bases da responsabilidade civil, ampliando sobremaneira o campo de incidência da responsabilidade objetiva<sup>16</sup>.

O Estatuto veio delimitar o conceito de consumidor, dando-lhe o destaque que o genérico código civil não lhe dava. Em vez de dois particulares em cada pólo da relação contratual, agora se afigurava o consumidor de um lado e o fornecedor de outro, cada qual caracterizado e com sua função no contrato definida<sup>17</sup>. Reconheceu-se que, ao contrário da relação estabelecida entre dois particulares, o contrato de consumo possui em um dos lados um indivíduo buscando satisfazer suas necessidades (pouco importando se essenciais ou se supérfluas) e no outro um fornecedor buscando auferir benefício monetário com a transação realizada.

A partir do momento em que se reconheceu o papel econômico e social de cada contratante na relação de consumo, passou-se a compreender as diferenças econômicas existentes entre tais partes e a necessidade de retirá-las do rol genérico do código civil, que não contemplava a peculiaridade da nova relação jurídica estabelecida.

### 1.1.3 Do conceito de consumidor e fornecedor

Como dito acima, o Estatuto do Consumidor tem como foco de atuação a defesa do contraente vulnerável – em sentido técnico ou econômico – da relação de consumo. O referido diploma foi criado para amparar o consumidor de modo amplo e efetivo, possuindo suas normas caráter de ordem pública e de interesse social, nos termos cunhados pelo seu artigo 1º do diploma<sup>18</sup>.

A importância de delimitar o conceito do que vem a ser consumidor e fornecedor reside na necessidade de estabelecer o âmbito de atuação das regras de consumo, para a posterior análise da amplitude da proteção conferida pelo Estatuto.

O conceito de consumidor encontra-se previsto em seu art. 2º, *caput*, que o define como “toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Assim, se o adquirente for um intermediário na cadeia produtiva e o bem obtido for tipicamente um bem de produção (e não de consumo<sup>19</sup>) utilizado para a

---

<sup>16</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 17

<sup>17</sup> DONATO, 1993, p. 21.

<sup>18</sup> Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

<sup>19</sup> Destinados à satisfação do consumidor, que os adquire na qualidade de destinatário final.

complementação do ciclo produtivo, não se enquadrará no conceito de consumidor, sendo-lhe aplicáveis as disposições contidas no direito comum.

O conceito padrão e individual é complementado por figuras extensivas – que tratam do consumidor em sua dimensão coletiva e indeterminada – previstas no parágrafo único do art. 2º, bem como nos artigos 17 e 29 do mesmo diploma<sup>20</sup>, ampliando a tutela de suas normas a outros intervenientes na relação de consumo<sup>21</sup>.

O conceito de fornecedor, por sua vez, encontra-se previsto no *caput* do art. 3º, o qual o define como “*toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*”.

Esclarecidos os conceitos, passa-se à análise dos fundamentos que amparam a tutela ao consumidor.

## 1.2 Dos fundamentos constitucionais que informam a tutela do consumidor

O diploma constitucional faz menção de modo expressa à defesa do consumidor em três momentos distintos.

A primeira menção ao tema encontra-se no Título II, Capítulo I, que trata “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Em seu art. 5º, inciso XXXII, a Constituição estabelece como obrigação estatal a promoção da *defesa do consumidor*. Em tal caso, a defesa do consumidor é apresentada como direito e princípio fundamental pela Constituição brasileira. A incorporação das relações consumeristas no âmbito constitucional alterou o *status* jurídico de tais relações, elevando-as à categoria de direitos subjetivos<sup>22</sup>.

A mesma menção encontra-se presente no Título VII, Capítulo I, que trata “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, ao elencar, em seu art. 170, *caput*, inciso V, a defesa do consumidor como um dos seus princípios regentes.

---

<sup>20</sup> Art. 2º [...] Parágrafo único. Equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

<sup>21</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992, p. 28.

<sup>22</sup> MIRAGEM, 2013, p. 45.

Por fim, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o constituinte dispõe que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”, deixando claro que a proteção dessa nova categoria alcançou um novo patamar na ordem vigente.

Ademais, tal função se coaduna à nova sistemática das constituições atuais, que não buscam somente regular a estrutura do Estado e do Poder – por meio dos denominados elementos orgânicos<sup>23</sup> – mas tutelar de modo efetivo os direitos humanos reconhecidos universalmente<sup>24</sup>, os quais constituem a base axiológica sobre a qual se construiu o ordenamento brasileiro<sup>25</sup>.

Veja-se, ainda, que a Constituição não se refere a um Código que discipline as relações de consumo, mas de um especialmente voltado à *defesa do consumidor*.<sup>26</sup> Portanto, não visa apenas regular, objetivamente, o contrato de consumo. O Estatuto destina-se claramente à proteção especial de uma das partes.

Ao analisar os dispositivos citados, vê-se que o legislador utiliza a expressão *defesa do consumidor* – ora como direito fundamental (art. 5º), ora como princípio da ordem econômica (art. 170) –, partindo do pressuposto de que este precisa ser defendido por meio de uma proteção estatal distinta da conferida a outros grupos. O constituinte buscou não apenas regular as relações de consumo, mas regulá-las *em benefício do consumidor* (vulnerável), de modo que esteja protegido ante a situação de desigualdade existente entre este e o fornecedor<sup>27</sup>.

A referência constitucional e legal expressa à defesa do consumidor, como sujeito específico e titular de um direito subjetivo, é proposita: o intuito é conferir proteção a esse sujeito em especial, havendo não “uma determinação constitucional de proteção do consumo, mas do consumidor”<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> PERLINGIERI, apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

<sup>24</sup> Direitos reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, posteriormente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

<sup>25</sup> MIRAGEM, 2013, p. 49.

<sup>26</sup> NUNES, 2011, p. 74.

<sup>27</sup> NUNES, 2011, p. 74.

<sup>28</sup> MIRAGEM, 2013, p. 46.

### 1.2.1 Da dignidade da pessoa humana e dos direitos correlatos

A análise dos princípios<sup>29</sup> norteadores do sistema brasileiro inicia-se, em regra, pelo sempre lembrado princípio da *dignidade da pessoa humana*, considerado por muitos o princípio informador da ordem jurídica vigente. Este se encontra previsto no art. 1º, inciso III, da CRFB/88, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito<sup>30</sup>, sendo elencado ainda como “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”<sup>31</sup>.

Desta feita, os demais princípios que informam a ordem jurídica devem ser interpretados sob a luz desse metaprincípio. Quando se assegura, portanto, no *caput* do art. 5º, o direito à vida, está se assegurando o direito à vida digna – e não uma mera sobrevivência – sendo esta integrada de “elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)”, bem como o direito à integridade físico-corporal e moral<sup>32</sup>.

O princípio ora tratado constitui também “elemento de legitimidade dos direitos sociais, econômicos e culturais da Constituição”<sup>33</sup>, estando estes indissociavelmente ligados àquele. Em uma interpretação sistemática, a dignidade da pessoa humana implica, portanto, no respeito não somente aos aspectos individuais do homem (tratados no art. 5º), mas também aos aspectos sociais, que ganharam uma nova dimensão no atual estado de direito.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo<sup>34</sup>, ao tratar das condições mínimas necessárias à garantia da dignidade da pessoa humana, relembra a importância do respeito aos direitos sociais elencados no art. 6º<sup>35</sup> da Constituição Federal, destacando dentre estes a educação, o trabalho e o lazer.

No mesmo sentido, José Afonso, ao analisar os direitos sociais estatuídos no supra referida artigo, elenca alguns dos quais considera como *direitos sociais do homem*

---

<sup>29</sup> Princípios, segundo Luis Antonio Rizzatto Nunes, são diretrizes do ordenamento jurídico, enunciados (expressos ou implícitos) que vinculam o entendimento e aplicação das normas jurídicas, funcionando como um vetor para o intérprete. Este deve, na análise de qualquer lide jurídica, verificar em qual direção os princípios apontam, não podendo a interpretação contradizer a finalidade deste (p. 47-48).

<sup>30</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>31</sup> SILVA, 2009, p. 105.

<sup>32</sup> SILVA, 2009, p. 198.

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang *apud* MIRAGEM, 2013, p. 52.

<sup>34</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco *apud* NUNES, 2011, p. 63.

<sup>35</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.



*consumidor*, enumerando novamente a educação (art. 205), e o lazer<sup>36</sup>. Este último, esclarece o doutrinador, possui estreita relação com a qualidade de vida e o meio ambiente sadio e equilibrado (art. 225), significando ainda a entrega à ociosidade repousante. Aduz que qualquer abalo à saúde, ao lazer, e à educação do consumidor enquanto tal constitui violação indevida ao seu direito<sup>37</sup>.

Bruno Miragem ainda faz pertinente observação acerca das conseqüências do reconhecimento dos direitos do consumidor como direitos humanos. A necessidade de consumo passa a ser caracterizada como uma necessidade humana essencial<sup>38</sup>. Como se verá adiante, a necessidade, na medida em que se impõe como aspecto inafastável da vida humana, limita a própria liberdade concedida ao consumidor na escolha de um produto ou serviço, agravando sua posição de subordinação perante o fornecedor.

Por tal razão, o Código de Defesa do Consumidor adotou um posicionamento protecionista, decorrente não só da vulnerabilidade de uma das partes, mas da posição assumida e dos objetivos buscados por cada contraente dentro da relação de consumo: enquanto o consumidor busca satisfazer uma necessidade (real ou imaginária) ou desejo, o fornecedor busca obter lucro com o negócio empreendido. Não há, diante de tal situação fática, uma real liberdade negocial do consumidor.

### 1.2.2 Da isonomia

A isonomia, como princípio geral aplicável a todo o cidadão – e, conseqüentemente, ao cidadão consumidor – encontra-se estatuída no art. 5º, *caput*<sup>39</sup>, da CRFB/88.

Em uma primeira leitura, poder-se-ia crer que a igualdade assegurada no dispositivo – *igualdade perante a lei* – se trata de uma igualdade meramente formal. No entanto, a doutrina e jurisprudência pátria já firmaram o entendimento de que o referido princípio visa efetivar a isonomia material, na medida em que busca o estabelecimento dos mesmos ônus e vantagens àqueles que se encontrem em posição de paridade, conferindo um

---

<sup>36</sup> SILVA, 2009, p. 307.

<sup>37</sup> SILVA, 2009, p. 315.

<sup>38</sup> MIRAGEM, 2013, p. 52.

<sup>39</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

tratamento diferenciado quando este se mostrar necessário ante as desigualdades apresentadas entre os grupos e classes de dada sociedade.<sup>40</sup>

A própria constituição dá mostras de situações nas quais o tratamento diferenciado é permitido, ao conceder tratamento diferenciado a mulheres (art. 7º, XX), crianças e adolescentes (artigos. 227 e 228), idosos (art. 230) e índios (art. 231). Em tais casos, para afastar qualquer dúvida quanto à necessidade de tal diferenciação, o próprio legislador constituinte “reconhece de plano a vulnerabilidade de certas pessoas, que devem, então, ser tratadas pelo intérprete de maneira diferenciada, visando a busca de uma igualdade material”<sup>41</sup>. Não poderia ser diferente o tratamento destinado aos consumidores, *reconhecidamente vulneráveis* pela Constituição em seu artigo 5º, XXXII, artigo 170, V, e artigo 48 do ADCT.

Visando justamente equalizar a relação posta é que se pretendeu conceder uma regulação especial aos consumidores. A interpretação conjunta deste direito fundamental com outros valores, tal qual a dignidade humana e a liberdade, permite entender a real extensão da defesa dada ao consumidor no plano constitucional.

### 1.2.3 Da liberdade

No âmbito do direito do consumidor, a liberdade que vem a acrescer ao presente estudo encontra-se delineada no art. 1º, inciso IV, art. 3º, inciso I e art. 5º, *caput*<sup>42</sup>, bem como no art. 170, *caput*<sup>43</sup> da CRFB/88. As liberdades tratadas em tais dispositivos referem-se basicamente a duas espécies de liberdades materiais: a liberdade de o consumidor *escolher e agir* e a liberdade de o fornecedor *empreender* (livre iniciativa)<sup>44</sup>.

A primeira das liberdades acima tratada encontra certa limitação se analisada concretamente. O consumidor não tem plena liberdade de escolher o que comprar ou que

---

<sup>40</sup> SILVA, 2009, p. 216.

<sup>41</sup> NUNES, 2011, p. 70.

<sup>42</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma **sociedade livre**, justa e solidária;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

<sup>43</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]

<sup>44</sup> NUNES, 2011, p. 64.

serviços contratar: fará a escolha dentre aquelas possibilidades que lhe são postas à disposição pelo fornecedor, o verdadeiro detentor do controle sobre a cadeia produtiva<sup>45</sup>.

José Afonso, ao tratar do tema, relembra que há duas espécies de liberdade: a interna (também chamada de liberdade subjetiva, moral ou psicológica) e a externa (também chamada de liberdade objetiva). A primeira representa a liberdade do *querer*: é o poder de optar internamente entre duas ou mais possibilidades que são apresentadas ao homem. A segunda representa a liberdade do *fazer*: é o poder de determinar-se em função da escolha feita, afastando todos os obstáculos que lhe são postos, para ao final obter o objeto de desejo<sup>46</sup>.

No caso do consumidor, a sua liberdade de *escolher* já nasce, por vezes, limitada à massiva publicidade utilizada para persuadi-lo a adquirir certo produto ou serviço. Já a sua liberdade de *agir* reside na possibilidade de adquirir certo produto ou contratar um serviço *dentre aqueles que se encontram disponíveis no mercado* (possibilidade material) e que lhe são tangíveis de acordo com o seu poder de compra (possibilidade financeira). Todas essas interferências – sejam econômicas, técnicas, sociais ou mesmo políticas – constituem-se em condicionantes da liberdade de contratar<sup>47</sup>.

Em certas situações este ainda se vê *obrigado a escolher* dentre os produtos disponíveis, não existindo a alternativa de não realizar a compra ou deixar de contratar o serviço. É o caso de certos produtos ou serviços essenciais – comida, água, saneamento básico, atendimento médico, transporte público, dentre outros exemplos – limitando ainda mais a sua já restrita liberdade de escolha. Quanto maior a necessidade em relação a um determinado produto ou serviço, menor o poder de atuação (e, portanto, a liberdade) do consumidor.

Como forma de contrabalancear esse desequilíbrio na relação de consumo, o Estado precisa intervir na produção e comercialização de produtos e serviços<sup>48</sup> (como o controle de qualidade), em maior ou menor escala, a depender do grau de essencialidade daqueles, ou da potencialidade de ocasionar riscos a outrem (afinal, a liberdade de agir não pode servir para amparar ações que causem danos a terceiros). Daí advém a necessidade de interpretar sistemicamente o que vem a ser a livre iniciativa tutelada pela constituição, a segunda das liberdades anteriormente citadas.

---

<sup>45</sup> NUNES, 2011, p. 65.

<sup>46</sup> SILVA, 2009, p. 231.

<sup>47</sup> SILVA, 2009, p. 234.

<sup>48</sup> NUNES, 2011, p. 65.

Esta, obviamente, é limitada pelos demais princípios constitucionais insculpidos na Constituição, em especial os estabelecidos pelos incisos do seu art. 170. Por certo que a liberdade de abrir um empreendimento não ampara danos ambientais causados por uma determinada indústria. Da mesma forma, a violação à intimidade de um cidadão não encontra respaldo constitucional mesmo quando se tratar de uma atividade econômica relacionada ao meio jornalístico. Igualmente, a livre iniciativa será livre até o momento em que respeitar os direitos e garantias assegurados ao consumidor, implícita ou explicitamente.

Como dito, há limitações previstas no próprio texto constitucional. Ao tratar da ordem econômica, o texto prevê como princípios regentes não só a livre iniciativa, mas a defesa do consumidor, não podendo servir aquela para justificar qualquer violação a este último princípio.

O papel do Estado [seja na figura do legislador ou do juiz] é promover, na medida do possível, a máxima concretização da liberdade do consumidor, através da imposição de alguns limites ao fornecedor (seja no controle de propagandas abusivas, no estabelecimento de parâmetros mínimos de qualidade, dentre outros).

Daí advém a relação existente entre a autoridade do Estado [e seu poder de regulação de certos aspectos da ordem econômica] e a liberdade do cidadão [consumidor]<sup>49</sup>.

Rizzato Nunes explica:

A liberdade de iniciativa é conferida a todos aqueles que decidam, *sponte própria*, tomando seus bens e constituindo-os em capital, ir ao mercado empreender alguma atividade – qualquer atividade permitida e/ou regulada constitucional e infraconstitucionalmente.

O sentido de “livre” iniciativa aí, então, significa o direito de escolher correr o risco do empreendimento. A pessoa tem, portanto, o direito garantido de, caso queira, empreender um negócio.<sup>50</sup>

Vive-se em uma sociedade (constitucionalmente) capitalista, na qual é assegurada a livre concorrência e a liberdade de iniciativa econômica. No entanto, juntamente com o reconhecimento destas vem a imposição do ônus ao particular que intenta obter lucro com sua atividade econômica.

#### **1.2.4 Dos princípios gerais e fins buscados pela ordem econômica**

A defesa do consumidor, para além do reconhecimento como direito subjetivo, foi alçada a princípio da ordem econômica, tal como expresso no art. 170, inciso V<sup>51</sup> da

---

<sup>49</sup> SILVA, 2009, p. 234.

<sup>50</sup> NUNES, 2011, p. 65.

CRFB/88. No entanto, não é somente esse valor que informa a atividade econômica: esta também é fundada na livre iniciativa (um dos diversos aspectos que a liberdade assume na sociedade atual), e tem como fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*.

Como visto, a liberdade de iniciativa econômica, utilizada por vezes para amparar ações lesivas aos consumidores – em especial quando o Estado busca delimitar o campo de atuação ou regular de modo mais contundente empreendimentos nacionais – não é o único fundamento do estado democrático de direito.

Esta liberdade de iniciativa econômica – que abarca a liberdade de indústria e comércio e a liberdade de contrato<sup>52</sup> –, herança do liberalismo econômico, assume novos contornos na sociedade atual. “A evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores [...] fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização de justiça social”. Deve, portanto, se submeter às limitações postas pelo poder público, sendo, ainda, ilegítima, quando “exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário”<sup>53</sup>. O regime constitucional, portanto, não se opõe ao poder econômico e à livre iniciativa, pelo contrário. No entanto, condena-os na medida em que se mostrem prejudiciais ao bem-estar coletivo<sup>54</sup>.

Fica claro, pela leitura do texto constitucional (art. 170), que esta liberdade deve ser interpretada em conformidade com os valores da função social da propriedade (inciso III) e defesa do consumidor (inciso V), não olvidando da busca pela justiça social e pelo bem comum. Rizzato Nunes esclarece como tais valores condicionam a livre iniciativa aos seguintes aspectos:

- a) o mercado de consumo aberto à exploração não pertence ao explorador; ele é da sociedade e em função dela, de seu benefício, é que se permite sua exploração;
  - b) como decorrência disso, o explorador tem responsabilidades a saldar no ato exploratório; tal ato não pode ser espoliativo;
  - c) se lucro é uma decorrência lógica e natural da exploração permitida, não pode ser ilimitado; encontrará resistência e terá de ser refreado toda vez que puder causar dano ao mercado e à sociedade;
  - d) excetuando os casos de monopólio do Estado (p. ex., do art. 177), o monopólio, o oligopólio e quaisquer outras práticas tendente à dominação do mercado estão proibidos;
  - e) e o lucro é legítimo, mas o risco é exclusivamente do empreendedor. Ele escolheu arriscar-se: não pode repassar esse ônus para o consumidor.
- [...]

<sup>51</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] V- defesa do consumidor

<sup>52</sup> SILVA, 2009, p. 793.

<sup>53</sup> SILVA, 2009, p. 794.

<sup>54</sup> SILVA, 2009, p. 795.

Ao estipular como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados [...] Está também designando que o empreendedor tem de oferecer o melhor de sua exploração, independentemente de atingir ou não os direitos do consumidor [...] A garantia dos direitos do consumidor é o mínimo. A regra constitucional exige mais.<sup>55</sup>

Sendo o fornecedor o explorador e beneficiário da atividade econômica desenvolvida, por certo deverá arcar com o risco – e possíveis prejuízos – advindos de sua livre iniciativa. Como esclarece o autor: “a possibilidade de empreender é livre; o lucro decorrente dessa exploração é legítimo; o risco é total do empreendedor”, jamais devendo ser repassado ao consumidor, parte vulnerável da relação de consumo, totalmente alheio ao ciclo de produção unilateralmente definido pelo fornecedor.<sup>56</sup>

Tal é o fundamento da responsabilização do fornecedor nas relações consumeristas. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho<sup>57</sup>:

Todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa [...] A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos. O consumidor não pode assumir os riscos da relação de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos [...].

José Afonso relembra que toda a iniciativa privada é condicionada ao sistema constitucional de direitos e garantias, estando subordinada à função social de sua própria atividade, devendo restar assegurada a existência digna de todos<sup>58</sup>, estando incluídos neste rol os consumidores.

Fábio Konder, por sua vez, esclarece que o rol de direitos assegurado aos consumidores não deve ser interpretado como um mero benefício concedido pelo Estado, mas como um freio ao poder econômico dos fornecedores, uma forma de evitar que estes desempenhem sua atividade de modo prejudicial à sociedade como um todo, e aos consumidores em especial.<sup>59</sup>

Eros Grau vai além ao afirmar que a defesa do consumidor não deve ser interpretada apenas como um princípio limitador da autonomia privada, mas como um princípio e direito conformador da ordem econômica.<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> NUNES, 2011, p. 101-102.

<sup>56</sup> NUNES, 2011, p. 102-104.

<sup>57</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 484.

<sup>58</sup> SILVA, 2009, p. 814.

<sup>59</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 395.

<sup>60</sup> GRAU, Eros Roberto *apud* MIRAGEM, 2013, p. 55.

Tais princípios constituem a diretriz para a elaboração e interpretação do ordenamento como um todo, e revelam a importância dada à proteção do consumidor na nova ordem jurídica, que almeja equilibrar a relação entre os contraentes, tutelando aquele que se encontra não só econômica, mas tecnicamente vulnerável.

A intervenção estatal, em tais casos, não deve ser vista como uma ingerência indevida, mas como medida necessária à efetiva proteção do consumidor. O Estado social impôs reformas necessárias no sentido de atuação mais incisiva em determinadas áreas, havendo reflexo no que concerne à tutela do consumidor. A própria ordem econômica pauta-se no princípio da justiça social, justificando certa interferência nas atividades desempenhadas pelos fornecedores para a tutela dos consumidores<sup>61</sup>.

Acaso haja, como é possível, uma colisão entre alguns dos princípios estatuídos, o recurso à ponderação no caso concreto poderá ser utilizado para sanar o conflito. Deve-se atentar ao fato de que a imposição de ônus aos fornecedores – como a adoção de cautelas no exercício de sua atividade e a possível diminuição da margem de lucro – não é valor justificante para afastar a tutela do consumidor.

Como dito acima, o que se garante é a liberdade de iniciativa, a qual não se configura em liberalidade e ausência de imposição de limites pelo Estado, mas em liberdade para atuar dentro dos parâmetros por este impostos.

Ademais, o texto constitucional é claro ao dispor que *a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*. A atividade do fornecedor deve ser desenvolvida orientada por tais fins.

Pierre Duclos esclarece que em um regime pautado na justiça social, cada um deve dispor dos meios necessários para viver confortavelmente, consoante suas exigências de natureza física e espiritual<sup>62</sup>. José Afonso da Silva, por sua vez, afirma que a constituição brasileira, baseada em um sistema capitalista, instituiu direitos sociais e preordenou alguns princípios regentes da ordem econômica como meio de humanizar o sistema econômico adotado e diminuir a subordinação dos menos favorecidos aos que ocupam papel de dominação no mercado<sup>63</sup>. Portanto, reconhece-se a livre iniciativa, mas impõe-se o respeito aos demais ditames constitucionais.

---

<sup>61</sup> ALMEIDA, 1993, p. 19.

<sup>62</sup> DUCLOS, Pierre *apud* SILVA, 2008, p. 789.

<sup>63</sup> SILVA, 2009, p. 790-791.

### 1.3 Dos fundamentos infraconstitucionais que informam a tutela do consumidor

#### 1.3.1 Considerações iniciais sobre a Política Nacional de Relações de Consumo

Como dito, o Código de Defesa do Consumidor fora uma determinação imposta pelo constituinte, com vista a detalhar a proteção por este conferida no diploma maior, otimizando sua tutela por meio de uma normativa organizada, com princípios próprios<sup>64</sup>. A base principiológica deste código possui vasta importância na interpretação e aplicação de suas normas. Tal base expressamente prevista não exclui outros princípios que venham a ser reconhecidos, tomando-se por base a diretriz de proteção do consumidor vulnerável<sup>65</sup>.

Cabe agora a análise dos princípios e direitos que informam esse microsistema autônomo.

O diploma protetor, em seu art. 4º, *caput*, inserto no capítulo II, institui os objetivos a serem alcançados pela *Política Nacional de Relações de Consumo*, elencando dentre tais o *atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida e a harmonia das relações de consumo*.

O diploma infraconstitucional traz novamente a sempre lembrada proteção da *dignidade*. Ademais, no *caput* do dispositivo encontra-se a busca pela *melhoria da qualidade de vida*. Rizzatto Nunes esclarece que quando o dispositivo faz menção a esta qualidade de vida, “está apontando não só o conforto material, resultado do direito de aquisição de produtos e serviços [...] mas também o desfrute de prazeres ligados ao lazer (garantido no texto constitucional – art. 6º, *caput*) e ao bem-estar moral ou psicológico”<sup>66</sup>. Pode-se ainda incluir neste rol o trabalho e o estudo, importantes fatores para determinação da qualidade de vida em seu aspecto social.

Dentre os princípios informadores desta política, encontram-se estatuídos o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (inciso I), e a conseqüente adoção de uma ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor (inciso II), bem como a harmonização dos interesses dos participantes das

---

<sup>64</sup> MIRAGEM, 2013, p. 57.

<sup>65</sup> MIRAGEM, 2013, p. 113.

<sup>66</sup> NUNES, 2011, p. 173.



relações de consumo (inciso III) e a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo que possam causar prejuízos aos consumidores (inciso VI), além do estudo constante das modificações do mercado de consumo (inciso VIII).

O último dos incisos citados traz o importante tema da constante transformação verificada no mercado de consumo. O Código de Defesa do Consumidor fora criado para de fato proteger a parte vulnerável nas trocas comerciais marcadas pelo desequilíbrio técnico e, na maioria das vezes, também econômico. De nada adiantaria uma política nacional que não acompanhasse as mutações no mercado, incluindo o advento de novas práticas prejudiciais ao consumidor.

Como dito anteriormente, ao consumidor, na qualidade de cidadão, é garantido o direito ao trabalho, ao lazer, à educação, à dignidade e à qualidade de vida. A depender das mudanças verificadas na atual sociedade de massa, os direitos elencados acima serão concretizados de diferentes modos. Medidas outrora suficientes para a garantia de qualidade de um produto, ou boa prestação de um serviço, podem não mais suprir as reais necessidades do consumidor.

A contínua transformação impõe ao legislador a tarefa de interpretar os novos fatos sociais e modificar a normativa vigente para a adequada regulação das relações de consumo. Quando inexistente ou insuficiente – ou sempre que se mostrar necessário –, ao aplicador do direito caberá a tarefa de interpretar as normas e suprir as lacunas existentes para a efetivação dos direitos constitucionais e legais assegurados ao consumidor.

O próprio Código de Defesa do Consumidor traz consigo uma estrutura de princípios (art. 4º) e direitos básicos (art. 6º) que já confeririam uma ampla proteção ao consumidor, em diferentes circunstâncias, sendo este capaz de abarcar mudanças sociais que interfiram nas relações de consumo e causem possíveis prejuízos ao consumidor. Diz-se até que “se a Lei n. 8.078/90 se tivesse limitado a seus primeiros sete artigos, ainda assim o consumidor poderia receber uma ampla proteção, pois eles refletem concretamente os princípios constitucionais de proteção ao consumidor e bastaria ao intérprete compreender seus significados”<sup>67</sup>.

O que se pretende esclarecer é a força normativa dos princípios e direitos básicos que informam o código de defesa do consumidor. Todas as regras referentes à qualidade de produtos/serviços e prevenção/reparação de danos, bem como as regras atinentes à fixação de responsabilidade, a regulação que se busca fazer de certas práticas comerciais, e a imposição

---

<sup>67</sup> NUNES, 2011, p. 172.

(necessária) de sanções às infrações administrativas e penais visam apenas concretizar os princípios e direitos estabelecidos nos sete primeiros artigos do CDC, e não limitá-los.

Portanto, toda a normativa do Código de Defesa do Consumidor serve para assegurar direitos mínimos a este, não deixando qualquer margem de dúvida quanto aos *expressamente* positivados. Mas a ausência de uma determinada conduta explicitada no código não deve afastar a atuação no sentido de repeli-la quando esta contrariar o conjunto de princípios ou direitos básicos assegurados ao consumidor.

Ademais, o próprio art. 7º do CDC é claro ao estabelecer que:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. (grifado)

A assertiva toma relevância no estudo do novo dano imposto ao consumidor na atual sociedade de massa, a ser tratado posteriormente.

Neste momento, cabe analisar alguns dos princípios estabelecidos pelo art. 4º e 6º do CDC, que vem a acrescer à defesa do consumidor, para além dos já assegurados pela Constituição, anteriormente abordados.

### 1.3.2 Dos princípios legais que orientam a tutela do consumidor

#### 1.3.2.1 Da vulnerabilidade

O estatuto reafirma que todo o consumidor é vulnerável<sup>68</sup> (inciso I), sendo esta uma presunção absoluta decorrente do sistema, em razão de não possuírem qualquer poder de direção nas relações de consumo<sup>69</sup>.

É este que fundamenta a existência de um código de tutela ao consumidor. É a vulnerabilidade deste que embasa a imposição de normas voltadas ao reequilíbrio jurídico de uma situação faticamente desigual, estabelecida entre o agente econômico consumidor e o fornecedor. Ademais, a vulnerabilidade adotada pelo Código de Defesa do Consumidor se constitui em presunção legal absoluta, não havendo necessidade de demonstração, *in concreto*, de sua vulnerabilidade perante o fornecedor<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> NUNES, 2011, p. 173.

<sup>69</sup> MIRAGEM, 2013, p. 114.

<sup>70</sup> MIRAGEM, 2013, p. 114.

O reconhecimento *a priori* desta vulnerabilidade e a promoção de uma tutela especial voltada à harmonização da relação de consumo é o meio para a concretização da almejada isonomia constitucional, insculpida no art. 5º, *caput*, da CRFB/88<sup>71</sup>.

Segundo Rizzatto Nunes, tal vulnerabilidade decorre, concretamente, de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de ordem econômica. O primeiro concerne ao monopólio do fornecedor sobre o conhecimento da cadeia produtiva, bem como sobre o poder de decisão acerca do seu funcionamento. É o fornecedor que possui o domínio técnico dos meios de produção; que decide o que, quando e como produzir; que detém os meios materiais para concretizar suas decisões. O segundo refere-se à capacidade econômica do fornecedor que, em regra, é superior à do consumidor<sup>72</sup>.

Cláudia Lima Marques<sup>73</sup> ainda acresce ao rol supra referido as hipóteses de vulnerabilidade jurídica e de vulnerabilidade fática. A primeira concerne à falta de conhecimento, por parte do consumidor, dos direitos que lhe são assegurados e dos deveres jurídicos impostos ao fornecedor. A segunda incluiria não somente as hipóteses relacionadas à vulnerabilidade econômica, mas as hipóteses de hipervulnerabilidade de alguns grupos, como crianças, idosos, analfabetos, enfermos, dentre outros.

#### *1.3.2.2 Da harmonia nas relações de consumo*

A busca pela harmonia nas relações de consumo (art. 4º, inciso III, CDC) é a busca pela concretização do princípio da isonomia e dos princípios gerais que regem a ordem econômica<sup>74</sup>.

A harmonização da relação jurídica estabelecida entre consumidor e fornecedor visa justamente equilibrar os polos da relação de consumo e assegurar a igualdade substancial almejada pela Constituição Brasileira<sup>75</sup>, contrabalanceando a relação composta de um lado pela parte vulnerável (art. 4º, I), e de outro pela parte que tomou a iniciativa do empreendimento e que, portanto, assumiu os riscos do negócio e o ônus dele advindo. Risco

---

<sup>71</sup> NUNES, 2011, p. 174.

<sup>72</sup> NUNES, 2011, p. 175.

<sup>73</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 330.

<sup>74</sup> NUNES, 2011, p. 174.

<sup>75</sup> MIRAGEM, 2013, p. 133.

este, inclusive, que justifica a imposição da responsabilidade objetiva e a ampla assunção dos riscos sociais de sua atividade econômica<sup>76</sup>.

O princípio em análise nasce fundado na boa fé objetiva, que deve orientar as condutas dos contraentes na relação de consumo<sup>77</sup>.

### 1.3.2.3 Da boa fé objetiva

A expressão boa fé encontra-se prevista em dois momentos no CDC: como princípio no art. 4º, inciso III, e como cláusula geral no art. 51, inciso IV<sup>78</sup>, referindo-se, em tais casos, à chamada boa fé objetiva. Difere, pois, da boa fé subjetiva, que diz respeito ao estado psicológico do sujeito participante da relação jurídica e que corresponderia, portanto, à ausência de conhecimento acerca de determinado fato<sup>79</sup>, à crença sobre determinada situação ou mesmo à intenção destituída de má fé<sup>80</sup>.

Segundo Sérgio Cavalieri, a boa fé objetiva – também denominada boa fé normativa –, constitui-se na conduta ética, adequada, correta e leal que os indivíduos devem empregar em suas relações sociais. O autor ainda esclarece que esta pode desempenhar três funções: a *interpretativa* (quando orienta a interpretação dos negócios jurídicos), a *integrativa* (quando constitui fonte de deveres anexos) e a de *controle* (quando serve de limite ao exercício de direitos subjetivos)<sup>81</sup>.

Agathe Schmidt, ao tratar do tema, esclarece que a aplicação da boa fé enquanto cláusula geral, prevista no art. 51, inciso IV, “exige, do intérprete, uma nova postura, no sentido da substituição do raciocínio formalista, baseado na mera subsunção do fato à norma, pelo raciocínio teleológico ou finalístico na interpretação das normas jurídicas, com ênfase à finalidade que os postulados normativos procuram atingir”<sup>82</sup>.

Rizzatto Nunes, por sua vez, aduz que a cláusula da boa-fé “permite que o juiz crie uma norma de conduta para o caso concreto, atendo-se sempre à realidade social”<sup>83</sup>.

Bruno Miragem esclarece que a boa fé objetiva desempenha importante função no âmbito das relações consumeristas na medida em que se constitui em uma fonte geradora de

<sup>76</sup> MIRAGEM, 2013, p. 123.

<sup>77</sup> NUNES, 2011, p. 176.

<sup>78</sup> NUNES, 2011, p. 176.

<sup>79</sup> MIRAGEM, 2013, p. 125.

<sup>80</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 170.

<sup>81</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 170.

<sup>82</sup> SILVA, Agathe Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nas relações de consumo. Revista do Direito do Consumidor, São Paulo, n. 17. jan./mar. 1996, p. 156.

<sup>83</sup> NUNES, 2011, p. 726.

deveres jurídicos de conduta – não expressos na lei ou contrato – mas decorrentes diretamente da incidência de tal princípio sobre determinada relação jurídica<sup>84</sup>. Expõe o autor:

[...] o princípio da boa fé objetiva implica a exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro. O exercício da liberdade de contratar, ou dos direitos subjetivos de que se é titular [...] não podem se dar em vista, exclusivamente, dos interesses egoísticos de uma das partes. Ao contrário, a boa fé objetiva impõe que ao atuar juridicamente, seja levado em consideração também o legítimos interesses alheios, de modo a evitar seu desrespeito. [...]<sup>85</sup>

Rizzatto Nunes esclarece que a boa fé se trata de uma “regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio [real] nas relações de consumo”. A boa fé, portanto, é “um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando o interesse das partes.”<sup>86</sup>

Continua o autor afirmando que esta é uma espécie de modelo ou tipo ideal, que serve de parâmetro ao julgador; este ao “avaliar o caso para identificar algum tipo de abuso, deve levar em consideração essa condição ideal *a priori*, na qual as partes respeitem-se mutuamente, de forma adequada e justa”<sup>87</sup>. Se o caso em análise não se amoldar a este tipo ideal, estará desrespeitada a boa fé objetiva. Ao que conclui:

A boa-fé objetiva é [...] uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal (justa), disposta como um tipo ao qual o caso concreto deve se amoldar. [...] Desse modo, pode-se afirmar que, na eventualidade de lide, sempre que o magistrado encontrar alguma dificuldade para analisar o caso concreto na verificação de algum tipo de abuso, deve levar em consideração essa condição ideal apriorística, pela qual as partes deveriam, desde logo, ter pautado suas ações e condutas, de forma adequada e justa. Ele deve, então, num esforço de construção, buscar identificar qual o modelo previsto para aquele caso concreto, qual seria o tipo ideal esperado para que aquele caso concreto pudesse estar adequado, pudesse fazer justiça às partes e [...] daí extrair as consequências jurídicas exigidas<sup>88</sup>.

Tal expectativa de comportamento adequado serve de controle e limite de atuação dos indivíduos envolvidos, coibindo possíveis abusos de direito que possam advir do exercício irregular de qualquer direito subjetivo<sup>89</sup>.

Rizzatto Nunes ainda inclui como subprincípios imersos no princípio da boa fé o dever de cooperação – “sempre colaborar para que o contrato atinja o fim para o qual foi

<sup>84</sup> MIRAGEM, 2013, p. 126.

<sup>85</sup> MIRAGEM, 2013, p. 126.

<sup>86</sup> NUNES, 2011, p. 177.

<sup>87</sup> NUNES, 2011, p. 177.

<sup>88</sup> NUNES, 2011, p. 180.

<sup>89</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 170.

firmado” – e o dever de cuidado – “dever de um contraente para com o patrimônio e integridade física ou moral do outro contraente”<sup>90</sup>.

Há, de tal forma, uma multiplicação dos deveres inerentes à relação jurídica estabelecida entre as partes, que não dizem respeito somente ao cumprimento da obrigação principal pactuada – a entrega do produto, a prestação do serviço e o pagamento do preço na forma e condição estabelecida<sup>91</sup>.

Da incidência deste princípio sobre uma dada relação jurídica, surgem outros deveres, chamados de anexos ou laterais. Podem-se destacar os deveres presentes anteriormente à celebração do contrato (dever de informar de modo claro e inequívoco), durante a sua execução (dever de cooperação entre as partes para o alcance do objetivo pretendido por ambas, bem como o dever de cuidado para com o patrimônio ou aos atributos da pessoa com a qual se contrata), e mesmo posteriores ao seu implemento (garantia contra vícios do produto ou serviço verificados após a celebração e cumprimento do pactuado).<sup>92</sup>

O princípio da boa fé não somente serve como meio de produção de deveres anexos – para além do dever principal estipulado – mas de limitação ao exercício do direito subjetivo das partes, com o intuito de evitar a atuação abusiva de quaisquer destas, em especial do fornecedor, que exerce posição dominante sobre o consumidor vulnerável. A proteção contra a abusividade perpetrada pelo fornecedor encontra-se prevista no art. 6º, inciso IV<sup>93</sup>, no art. 37, §2º<sup>94</sup>, e em rol exemplificativo no art. 39<sup>95</sup>, sendo possível o reconhecimento de outras práticas abusivas que não as elencadas no CDC<sup>96</sup>. A análise de tais práticas será feita em tópico específico.

A importância do princípio da boa-fé revela-se na assertiva de Rizzatto Nunes, quando este aduz que esta tem como função “viabilizar os ditames constitucionais da ordem econômica”<sup>97</sup>.

---

<sup>90</sup> NUNES, 2011, p. 666.

<sup>91</sup> MIRAGEM, 2013, p. 127.

<sup>92</sup> MIRAGEM, 2013, p. 126.

<sup>93</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

<sup>94</sup> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [...] § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

<sup>95</sup> MIRAGEM, 2013, p. 128.

<sup>96</sup> MIRAGEM, 2013, p. 128.

<sup>97</sup> NUNES, 2011, p. 178.

O princípio da boa-fé implica, em síntese, na proteção à confiança das expectativas do consumidor quanto ao cumprimento de determinados deveres por parte do fornecedor, cuja quebra acarreta a imposição do dever de indenizar<sup>98</sup>.

#### *1.3.2.4 Da intervenção estatal, do protecionismo e do equilíbrio*

Os princípios da intervenção estatal e do protecionismo (art. 4º, inciso II, CDC), bem como do equilíbrio (exegese do art. 6º, inciso V, CDC) constituem resultado do reconhecimento da condição de vulnerabilidade do consumidor e da conseqüente necessidade de sua tutela. Tutela esta que decorre, ainda, da imposição constitucional contida nos artigos. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

O Código de Defesa do Consumidor fora promulgado para a defesa do contraente vulnerável, sendo seu intuito promover a proteção desta parte em especial. O caráter do diploma fica claro pela leitura de seu art. 1º, que define suas normas como de ordem pública e interesse social<sup>99</sup>.

A intervenção estatal justifica-se ante a necessidade de proteger de modo concreto e efetivo os direitos assegurados pelo diploma – tais como a garantia a produtos e serviços de qualidade –, bem como concretizar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia<sup>100</sup>.

O ordenamento, portanto, não somente reconhece a vulnerabilidade do consumidor, como impõe ao Estado ações voltadas a sua defesa. Tal intervenção busca equalizar juridicamente uma “relação faticamente desigual”, na qual os agentes “distinguem-se pelo poder econômico ou pelo conhecimento e domínio técnico que dispõem, o que lhes confere determinada dimensão e feixe de prerrogativas no âmbito negocial”<sup>101</sup>.

A razão da existência de um diploma especificamente criado para sua tutela é justamente minimizar as conseqüências dessa vulnerabilidade no mercado de consumo. Para tanto, não bastam normas estatuídas (proteção em abstrato), mas atuações concretas voltadas a sua proteção no dia a dia (proteção real).

Cabe ao Estado intervir nas relações estabelecidas entre as partes para coibir práticas abusivas (art. 6º, inciso IV, CDC), reprimir as que porventura já possam ter-se

---

<sup>98</sup> MIRAGEM, 2013, p. 230.

<sup>99</sup> NUNES, 2011, p. 173.

<sup>100</sup> NUNES, 2011, p. 175.

<sup>101</sup> MIRAGEM, 2013, p. 50.

estabelecido em dada relação de consumo (art. 4º, inciso VI, CDC), bem como assegurar o acesso a produtos e serviços com padrões adequados de *qualidade, segurança, durabilidade e desempenho* (art. 4º, inciso II, alínea d). A ingerência deve visar à proteção do contraente técnica e economicamente mais fraco desta relação.

Bruno Miragem<sup>102</sup> esclarece, ainda, que os princípios do equilíbrio e da proteção do consumidor justificam a limitação do campo de atuação do fornecedor e o estabelecimento de uma proibição geral ao abuso de direito (art. 6º, inciso IV, CDC), bem como a reparação efetiva do consumidor por meio do instituto da responsabilidade civil objetiva, medidas que se impõem ante o reconhecimento da desigualdade do consumidor face ao fornecedor.

#### 1.3.2.5 Da efetividade

Conforme referido acima, o Código de Defesa do Consumidor almeja o alcance de resultados concretos na tutela da parte vulnerável da relação jurídica. Tal intuito mostra-se claro quando da leitura do art. 4º, inciso VI, do CDC – que impõe a “coibição e repressão *eficientes* de todos os abusos praticados no mercado de consumo” –, e do art. 6º, inciso V – que estabelece, como direito básico, “a *efetiva* prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.<sup>103</sup>

O ordenamento nacional se propôs a garantir a defesa do consumidor. Se os comandos que regem a matéria não são observados, inúteis são todos os princípios que vigoram não só na constituição, mas no Código de Defesa do Consumidor, criado com vistas à concretização do diploma maior.

A finalidade do constituinte – ao impor ao Estado o dever de promover a defesa dos consumidores – e do legislador infraconstitucional – ao promulgar o diploma consumerista – era de garantir a real e efetiva tutela do contraente vulnerável, “buscando, com isso, alcançar os resultados práticos pretendidos pela norma” e proteger, concretamente, os direitos dos consumidores<sup>104</sup>.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso<sup>105</sup>:

A efetividade, significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos

---

<sup>102</sup> MIRAGEM, 2013, p. 129.

<sup>103</sup> MIRAGEM, 2013, p. 133.

<sup>104</sup> MIRAGEM, 2013, p. 133.

<sup>105</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 83.



legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Ana Paula Barcellos<sup>106</sup> aduz, ainda, que em um Estado de Direito "não basta a consagração normativa: é preciso existir uma autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos", sob pena de os mesmos se mostrarem inócuos à concretização de seus preceitos.

Bruno Miragem<sup>107</sup>, por fim, concluiu que

o princípio da efetividade incide também sobre os processos de tomada de decisão de todas as autoridades (judiciais ou administrativas) que se ocupam da aplicação das normas do CDC, determinando-lhes, dentre as diversas possibilidades de ação ou decisão, a opção necessária por aquela que proteja de modo mais efetivo o direito dos consumidores, o que resulta, em última análise, do dever de oferecer *máxima efetividade* ao direito fundamental da defesa do consumidor.

A proteção estatal, portanto, não se restringe ao âmbito legislativo (produção de novas normas) e executivo (intensificação dos instrumentos de fiscalização do mercado de consumo), abarcando também a figura do Estado-juiz, ao qual incumbe, na análise do caso em concreto, a busca pela efetivação dos preceitos que informam o conjunto normativo de tutela ao consumidor.

### 1.3.3 Dos direitos assegurados ao consumidor

É amplo o rol de direitos assegurados ao consumidor pelo ordenamento brasileiro, englobando tanto os concernentes aos cidadãos em geral, notadamente os estatuídos pela Constituição Federal, quanto aos especialmente estabelecidos ao sujeito consumidor, previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, a análise dos direitos realizada nos tópicos subsequentes concernirá às hipóteses que comumente causam prejuízo ao consumidor e acarretam a perda de seu tempo útil na – por vezes vã – tentativa de sanar uma falha, defeito ou abuso a que somente o fornecedor dera causa.

#### 1.3.3.1 Da proteção contra os vícios e defeitos dos produtos e serviços

---

<sup>106</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 325

<sup>107</sup> MIRAGEM, 2013, p. 133.

O diploma protetivo tutela o consumidor das falhas de produtos ou serviços oferecidos no mercado de consumo, podendo estas se constituir em vícios de qualidade ou quantidade (artigos 18 e 20 do CDC<sup>108</sup>), ou fatos do produto ou serviço (artigos 12 e 14 do CDC<sup>109</sup>). No primeiro caso, há um comprometimento da prestabilidade do bem fornecido – um vício de adequação – que se restringe ao bem; no segundo, há um comprometimento da segurança do bem – um defeito de segurança – que não se circunscreve ao bem, mas se exterioriza, atingindo o consumidor (padrão ou equiparado).<sup>110</sup> Em ambos os casos, há a quebra de um dever jurídico pré estabelecido.

Primeiro, quanto à hipótese concernente aos *fatos do produto ou serviço*. O Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor um *dever jurídico de segurança* (art. 12, §1º), consubstanciado no dever de não lançar no mercado produto ou serviço com defeito. Estará violado esse dever de segurança quando o bem posto à disposição do consumidor apresentar uma desconformidade entre *a expectativa legítima de um padrão normal de segurança que dele se espera e a capacidade de causar acidente de consumo*<sup>111</sup>. Nenhum consumidor espera, por exemplo, que logo após a compra de seu veículo os freios deste parem de funcionar. Não está dentro da normalidade de insegurança que se espera de um bem.

Há, ainda, um *dever jurídico de informar*, consubstanciado no dever de prestar informações claras e precisas ao consumidor acerca dos riscos *inerentes* a um determinado

---

<sup>108</sup> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. [...] § 6º São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:[...] § 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

<sup>109</sup> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar [...]

<sup>110</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 490.

<sup>111</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 491.

produto (por exemplo um medicamento e suas contraindicações) ou serviço (uma cirurgia e os riscos normais que dela decorrem), conforme imposição contida no art. 9º<sup>112</sup> do CDC.<sup>113</sup>

Segundo, quanto à hipótese de *vícios do produto ou serviço*. Há, em tais casos, uma quebra do dever jurídico de qualidade ou quantidade do bem fornecido. Este pode se consubstanciar em um vício de qualidade – que tornam os produtos impróprios ao consumo a que se destinam ou lhe diminuam o valor – e em um vício de quantidade – quando houver disparidade entre as indicações constantes do recipiente e o que efetivamente é oferecido<sup>114</sup>.

Um produto conterá vício, portanto, quando sua quantidade ou qualidade não corresponder às expectativas que dele se espera, impossibilitando a fruição do bem parcial ou totalmente. Por fim, será defeituoso quando houver uma externalização dos riscos do produto ou serviço, comprometendo a segurança do consumidor.

Claudia Lima Marques sintetiza o raciocínio, informando que o CDC impõe, ao fornecedor, uma teoria de qualidade: os produtos e serviços colocados no mercado deverão ter uma “qualidade-segurança” (artigos. 8º a 17) e uma “qualidade-adequação” (artigos. 18 a 25)<sup>115</sup>, de modo a evitar a aparição de vícios e a ocorrências de dano ao consumidor.

### *1.3.3.2 Da proibição de práticas abusivas*

A incidência do princípio da boa fé vem ganhando cada vez mais relevo no âmbito do ordenamento nacional, sendo considerada baliza de interpretação contratual, fonte geradora de deveres anexos e norma geral proibitiva do abuso de direito por parte do fornecedor.

A vedação às práticas abusivas relaciona-se à imposição de observância da boa fé objetiva nos contratos de consumo, na medida que se constitui em expressão da norma geral proibitiva de abuso de direito.

Nas palavras de Marcos Dessaune:

Prática abusiva é o comportamento desleal de um fornecedor no mercado de consumo, ou seja, é qualquer atividade empresarial que ocorra antes, durante ou depois de uma contratação, garantindo alguma vantagem exagerada para o fornecedor ou desrespeitando a confiança e a lealdade exigidas em suas relações com o consumidor. Para ser abusiva, portanto, a prática deve estar carente de boa-fé

<sup>112</sup> Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

<sup>113</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 493.

<sup>114</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 514.

<sup>115</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 235.

ou induzir ao desequilíbrio da relação do fornecedor com o consumidor, podendo lhe causar prejuízo<sup>116</sup>.

O autor destaca que, para além dos vícios e defeitos de serviços e produtos, haveria esta terceira espécie de fonte de responsabilização, decorrente da perpetração de práticas abusivas no mercado de consumo.

As citadas práticas são vedadas pelo art. 6º, inciso IV do CDC, estando previstas em rol exemplificativo no art. 39 do CDC<sup>117</sup>. O legislador fora cuidadoso ao buscar pormenorizar certas condutas reprimíveis, porém sem excluir outras que possam se verificar nas relações de consumo.

Em consequência, outras podem ser reconhecidas: qualquer atuação do fornecedor que caracterize o desrespeito a padrões de conduta reclamados e que esteja em desconformidade com a legítima expectativa e confiança dos consumidores será considerada uma prática abusiva. A posição dominante exercida pelo fornecedor, somada à condição de vulnerabilidade do consumidor e a contrariedade dos preceitos de confiança e boa-fé impõe a vedação a tais práticas<sup>118</sup>.

Cavaliere Filho<sup>119</sup> aduz que a proibição de tais práticas está relacionada à vedação ao abuso de direito, assim considerado aquele cujo exercício extrapola os limites da normalidade e causa dano a outrem. O uso irregular do direito em exercício caracteriza-se

---

<sup>116</sup> DESSAUNE, Marcos. *Trinta cobranças ilegais que dão prejuízo ao consumidor*, publicado no jornal A Tribuna, Vitória, p. 28-29, em 17/05/2009 *apud* DESSAUNE, 2011, p. 78.

<sup>117</sup> Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes; VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos; VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro); IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços; XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério; XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

<sup>118</sup> MIRAGEM, 2013, p. 195.

<sup>119</sup> NUNES, 2011, p. 184.

como ilícito, nos termos do art. 187<sup>120</sup> do Código Civil, sendo, portanto, conduta coibida pelo ordenamento.

O autor esclarece, ainda, que o uso abusivo de um direito não constitui uma afronta direta à norma da lei, mas aos fins perseguidos por esta. O ato, formalmente legal, não se mostra materialmente legítimo. O titular do direito utiliza-o com finalidade distinta daquela a que a norma se destina, servindo o mesmo como forma de opressão, sem motivo legítimo ou justificador para tanto. Havendo uma colisão entre a finalidade do direito e a atuação do seu titular no caso concreto, restará caracterizado o abuso. A intenção ou consciência são elementos desnecessários para a caracterização do abuso de direito, o qual é analisado de modo objetivo: a violação dos limites da boa-fé e dos fins sociais e econômicos basta para a configuração do abuso.<sup>121</sup>

Os fins econômicos, segundo Sérgio Cavaliere<sup>122</sup>, constituem-se “no proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular”, devendo servir para satisfazer um interesse legítimo e amparado pelo ordenamento. Já os fins sociais – previstos no Código Civil, em seu art. 421<sup>123</sup>, na figura da *função social dos contratos* – constituem-se nos objetivos buscados pela sociedade – a ordem, a solidariedade, a harmonia, dentre outros –, sendo o direito o instrumento utilizado para alcançar tais desígnios. A norma existe, portanto, para assegurar esses interesses. Quando um determinado direito é exercido em afronta a estes, restará caracterizado o abuso. Como exemplo, pode-se citar a prática da concorrência desleal: esta é abusiva porque foge da finalidade social buscada pela garantia à livre concorrência, qual seja conferir ao consumidor produtos de melhor qualidade e a um menor custo.

No Código de Defesa do Consumidor, a coibição a tais abusos concretiza-se por meio da vedação às práticas e cláusulas abusivas. O objetivo é assegurar a confiança no mercado de consumo, coibindo práticas que repercutam não somente na esfera individual de um consumidor, mas que interfiram no interesse geral da categoria tutelada<sup>124</sup>.

Ademais, na sociedade contemporânea, marcada pela especialização de áreas, globalização do conhecimento e massificação das relações de consumo, os contratos são considerados “menos como expressão de liberdade contratual, e mais como realização de uma

---

<sup>120</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>121</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 161.

<sup>122</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 165.

<sup>123</sup> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>124</sup> MIRAGEM, 2013, p. 195.

necessidade de consumir<sup>125</sup>. A liberdade e o poder de escolha do consumidor já nascem limitadas<sup>126</sup>, visto que lhe resta apenas optar dentre os produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, e nos moldes determinados pelo fornecedor.

#### *1.3.3.3 Da efetiva e integral reparação dos danos sofridos pelo consumidor*

O CDC, em art. 6º, inciso VI, garante a *efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais* acarretados ao consumidor, sejam estes *individuais, coletivos e difusos*. Na mesma linha, o inciso VII assegura ao consumidor o *acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais [...]* assegurada a *proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados*.

Novamente, o diploma mostra seu caráter protetivo ao garantir uma reparação integral de quaisquer danos que venham a ser impostos ao consumidor. Vê-se, ainda, que ademais da função ressarcitória, busca estimular a prevenção de tais danos, tal como expressamente previsto no dispositivo acima referido<sup>127</sup>.

A efetividade da tutela do patrimônio e dos atributos inerentes à personalidade do consumidor está diretamente relacionada à responsabilização civil. A partir do momento em que há uma violação desses bens protegidos, surge ao agente causador do dano o dever de repará-lo. O poder judiciário exerce importante papel na efetivação da tutela jurídica, impondo ao violador o dever de ressarcir o lesado.

O dano, como se abordará no capítulo seguinte, é prejuízo imposto a alguém, podendo abarcar tanto a sua esfera material (patrimonial) quanto imaterial (extrapatrimonial).

Para além dos danos material e moral, são tutelados também, no âmbito das relações de consumo, o dano estético e o dano à imagem (por vezes enquadrados dentro do próprio conceito de dano moral), em que pese a ausência de suas previsões legais expressas no CDC.

A questão que se coloca é se existiriam, para além dos danos já consagrados, outras espécies de lesões a bens jurídicos passíveis de tutela a partir da leitura constitucional e legal dos princípios que informam as relações de consumo, bem como se o instituto da responsabilidade civil possuiria arcabouço para sustentar a tutela desse novo dano.

---

<sup>125</sup> MIRAGEM, 2013, p. 273.

<sup>126</sup> NUNES, 2011, p. 664.

<sup>127</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 485.

## 2. DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 Aspectos iniciais

Para compreender os novos paradigmas que norteiam a responsabilidade civil no âmbito do direito nacional – paradigmas estes que dão conta de abarcar o reconhecimento deste novo *dano temporal* –, é preciso analisar os seus elementos básicos e as teorias tradicionais que serviram, durante muito tempo, para embasar a aplicação deste instituto, bem como as posteriores mudanças que justificaram a relativização dos seus elementos tradicionais.

#### 2.1.1 Conceito da responsabilidade civil e elementos básicos: a conduta, o nexo causal e o dano

A vida em sociedade implica, por sua própria natureza, na interferência recíproca provocada e sentida por cada membro componente desta. No entanto, tais ingerências não amparam, por si só, um dever de reparar possíveis prejuízos delas advindos. Somente em alguns casos sucederá a obrigação de repor as perdas experimentadas ou restituir os ganhos perdidos pelo ofendido<sup>128</sup>. A questão cinge-se, portanto, em verificar em quais casos haveria o dever de reparar a suposta vítima e em quais casos não haveria amparo jurídico para tanto.

Para Sérgio Cavalieri Filho, o dever jurídico de reparar surge somente quando há um “dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”; este se consubstanciaria no desrespeito a uma conduta externa (seja uma imposição ou proibição) que fora estabelecida pelo ordenamento com o intuito de possibilitar uma convivência social pacífica. A partir do momento em que estes comandos jurídicos são descumpridos e geram um prejuízo a um terceiro, surge o dever de indenizar a lesão causada a este. Esse dever de indenizar é o chamado dever jurídico sucessivo, que passa a existir a partir do dano ocasionado pela quebra do dever jurídico originário. A responsabilidade civil seria esse dever sucessivo de reparar o mal causado<sup>129</sup>.

Fábio Ulhoa cita um exemplo de prejuízo que não importa em um dever de indenizar, chamado pelo autor de externalidade. A concorrência legítima entre dois empresários, por exemplo, pode ocasionar a diminuição da clientela de um dos dois

---

<sup>128</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 263-264.

<sup>129</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2

empreendedores, com conseqüente redução de sua margem de lucro, sem que haja, em contrapartida, o dever de ressarcir a queda de faturamento sofrida pelo prejudicado.<sup>130</sup> Neste caso, desde que respeitadas as regras de concorrência, não haverá quebra de dever jurídico originário apta a justificar esse ressarcimento.

Agora imagine o caso hipotético de uma vítima que teve parte de seu corpo amputado em virtude de um acidente de carro, decorrente de uma conduta culposa do causador do dano, que perdeu o controle e invadiu a calçada na qual o pedestre se encontrava.

Neste caso houve a violação de um dever de cuidado imposto pelo direito<sup>131</sup>. A conduta culposa, consubstanciada em um comportamento imprudente ou negligente do condutor do veículo, foi responsável por ocasionar a lesão aos bens jurídicos de um terceiro, tutelados pelo ordenamento.

A vítima, em tal hipótese, terá direito ao ressarcimento pelos danos a ela acarretados, sejam eles de caráter estético (afetação da sua integridade física), moral (violação à sua dignidade) ou material (danos emergentes consubstanciados em gastos médicos e possíveis lucros cessantes decorrentes da perda ou diminuição de sua capacidade laboral). Existiria, dessa forma, o dever sucessivo de indenizar o dano causado, decorrente da quebra das diligências e cuidados necessários na condução do veículo.

Em outro exemplo, Fábio Ulhoa Correa cita a hipótese de determinada pessoa que chega ao cinema e se vê impedida de assistir a um filme porque a sala encontra-se lotada por pessoas que chegaram antes e conseguiram comprar o ingresso<sup>132</sup>. Novamente, este prejuízo não será ressarcido, visto que o fornecedor não deu causa ao ocorrido, e não poderia tomar nenhuma medida para suprir a vontade do consumidor. Trata-se de um desconforto decorrente de um fato da vida, não possuindo relevância na seara da responsabilidade civil<sup>133</sup>.

Vê-se, portanto, que não é qualquer prejuízo causado a um terceiro que implicará em um dever de indenizar, mas um prejuízo oriundo da quebra de um dever previamente amparado pela ordem jurídica<sup>134</sup>. É a “conduta voluntária violadora de um dever jurídico” que constitui o núcleo da responsabilidade civil e embasa o dever de ressarcir o lesado<sup>135</sup>, por um prejuízo imputável ao ofensor<sup>136</sup>.

---

<sup>130</sup> COELHO, 2010, p. 264.

<sup>131</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 32

<sup>132</sup> COELHO, 2010, p. 264.

<sup>133</sup> COELHO, 2010, p. 265.

<sup>134</sup> Não necessariamente previsto de modo expreso, como se verá adiante, mas cuja tutela merece ser abarcada pelo ordenamento como um todo (em sua acepção não só legal, mas constitucional e principiológica).

<sup>135</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13

<sup>136</sup> COELHO, 2010, p. 265.



A responsabilidade civil, para restar configurada nos moldes tradicionais, deve apreender os seus três elementos básicos e caracterizadores: a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano.

O primeiro dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil é o comportamento humano responsável pela causação do dano. Este, para gerar um dever sucessivo de indenização, deve ser voluntário e contrário ao direito, podendo se consubstanciar tanto em uma ação quanto omissão<sup>137</sup>.

Aqui, cabe uma distinção dos conceitos de ilicitude e antijuridicidade da conduta, diferenciação esta que ganha importância no que tange à análise da responsabilidade objetiva e subjetiva.

A conduta antijurídica constitui-se em uma “objetiva violação a um dever de comportamento”<sup>138</sup>. É a ação humana que não se coaduna à norma jurídica; que constitui uma violação a um direito alheio<sup>139</sup>. A conduta ilícita, por sua vez, abarca não apenas o conceito de antijuridicidade, mas também de culpabilidade, entendida esta como “a possibilidade de imputação ao agente desta violação”<sup>140</sup>. Dessa forma, uma pessoa será considerada culpada “quando poderia e deveria ter agido em conformidade com a prescrição legal”, não o tendo feito em razão de ter atuado com dolo ou culpa<sup>141</sup>.

A ilicitude, portanto, abarca um componente objetivo – antijuridicidade (ou contrariedade ao direito) – e um componente subjetivo – culpabilidade (consubstanciada na imperícia, imprudência, negligência ou mesmo dolo do causador do dano). A conduta ilícita é, aos olhos do direito, uma conduta reprovável, porque evitável pelo seu ofensor. É esse o conceito de ilicitude que se encontra previsto nos artigos 186 e 187 do código civil<sup>142</sup> como fonte de obrigação de reparar o dano, nos termos expostos no *caput* do art. 927 do mesmo diploma<sup>143</sup>.

No entanto, a caracterização da ilicitude em sua totalidade somente tem sentido no estudo da responsabilidade subjetiva, em que se faz necessária a presença da culpa para a imputação do dever de ressarcimento. É na responsabilidade subjetiva que se analisa a

<sup>137</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 17

<sup>138</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 5 ed, São Paulo: Atlas, 2013, p. 161.

<sup>139</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 365.

<sup>140</sup> SCHREIBER, 2013, p. 161.

<sup>141</sup> NORONHA, 2003, v. 1, p. 365.

<sup>142</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>143</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

exigibilidade de conduta diversa da perpetrada pelo agente e, portanto, censurável pelo ordenamento<sup>144</sup>.

No caso da responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do art. 927<sup>145</sup> e aplicável no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, importa apenas o aspecto da antijuridicidade da conduta, consubstanciada na violação de um interesse tutelável no âmbito das relações consumeristas. Em tais casos, somente se busca verificar a conformidade da conduta com a ordem jurídica vigente e com um dever normativo de comportamento imposto<sup>146</sup>. A violação de um dever jurídico ou direito de outrem, mesmo não importando no cometimento de um ato ilícito (por restar ausente a presença de uma conduta culposa ou dolosa) importa em uma conduta antijurídica<sup>147</sup>. Pouco importa se o causador do dano poderia, ou não, ter agido de modo diverso.

Para outros, como Fábio Ulhoa Coelho, nem mesmo a análise da antijuridicidade da conduta (conformidade com o direito) importa na seara da responsabilidade civil objetiva. Mesmo sendo a conduta plenamente conforme ao direito, haverá, em tais casos, a obrigação de indenizar<sup>148</sup>.

Para além da conduta – ilícita ou meramente antijurídica –, deve se apurar se há nexo de causalidade entre esta e o dano acarretado à vítima. Só haverá responsabilidade se o prejuízo verificado em concreto decorrer do ato perpetrado pelo ofensor. Sem este segundo elemento essencial, não haverá obrigação de reparar o dano. Para apurar sua ocorrência, faz-se um exame sobre a “aptidão da atividade para a produção do dano”, verificando se aquela se vincula de modo adequado ou eficiente a este<sup>149</sup>.

O terceiro – e imprescindível – elemento da responsabilidade civil é o dano, sendo este o “fato determinante do dever de indenizar”<sup>150</sup>. Daí a importância de se verificar se ocorreu concretamente um dano, sem o qual não haverá direito ao ressarcimento.

Cavaliere Filho define dano como “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um

---

<sup>144</sup> COELHO, 2010, p. 272.

<sup>145</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (grifado).

<sup>146</sup> SCHREIBER, 2013, p. 163.

<sup>147</sup> SCHREIBER, 2013, p. 160.

<sup>148</sup> COELHO, 2010, p. 276.

<sup>149</sup> SCHREIBER, 2013, p. 91-192.

<sup>150</sup> CAVALIERE FILHO, 2010, p. 73

bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, imagem, liberdade, etc.”<sup>151</sup>.

Os bens jurídicos, por sua vez, seriam os bens valorados pelo direito, tal como a vida, integridade, honra, dentre outros reconhecidos expressamente pela Constituição Federal. Seriam os fatos da vida que, em determinado contexto histórico, político e social adquiriram importância aos olhos do direito, sendo por este regulados<sup>152</sup>. O bem da vida passa a ser um bem jurídico no momento em que o direito o reconhece como tal. A partir de então, a violação desse bem passa a justificar o ressarcimento do mal causado.

### **2.1.2 Danos consolidados e tutelados pelo instituto**

Os danos considerados tradicionalmente tutelados pela doutrina e jurisprudência pátrias são o dano material e o dano moral individual.

O primeiro consiste em uma redução do patrimônio da vítima, entendido este como o conjunto das relações jurídicas apreciáveis economicamente, seja este patrimônio atual (dano emergente) ou futuro (lucro cessante).

A análise do segundo dano mostra-se mais complexa. Não há uma conceituação unânime na doutrina; nem mesmo um consenso de quais interesses encontram-se atualmente abarcados pelo dano moral.

Para Fábio Ulhoa Coelho, o dano moral constitui-se na dor experimentada pela vítima de um determinado ato ilícito: seja pela morte de um ente querido em um acidente de trânsito, seja pela falsa notícia publicada por um meio de comunicação, em ambos os casos haveria a necessidade de compensar a dor sentida pelo ofendido por meio de uma contraprestação pecuniária.<sup>153</sup>

No mesmo sentido, José de Aguiar Dias sustenta corresponder o dano moral às “dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão”<sup>154</sup>, sendo este não um interesse lesado, mas o efeito da lesão a este interesse<sup>155</sup>. A própria jurisprudência, em alguns

---

<sup>151</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73

<sup>152</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 80.

<sup>153</sup> COELHO, 2010, p. 264.

<sup>154</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1006.

<sup>155</sup> DIAS, 2006, p. 992.

casos, embasa a ocorrência de dano moral tomando como fundamento a dor sofrida pelo ofendido<sup>156</sup>.

Cavaliere Filho, por sua vez, analisa-o sob dois enfoques distintos: o dano moral em sentido estrito, que se constituiria na violação à dignidade humana, e o dano moral em sentido amplo, que abarcaria outros direitos da personalidade, não englobados pelo supracitado princípio.

No primeiro caso, a violação do direito à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CRFB/88)<sup>157</sup>, englobaria as ofensas ao direito à liberdade, à honra, ao nome, à intimidade e à privacidade, que acarretassem dor, sofrimento ou humilhação intensos, responsáveis pela causação de interferências no equilíbrio e bem estar do indivíduo. No segundo caso, há a tutela dos demais direitos, não abarcados pelo princípio da dignidade, denominados pelo autor de *novos direitos da personalidade*: imagem, reputação, sentimentos, relações afetivas, direitos autorais, dentre outros. Tais danos constituiriam ofensas às dimensões individuais ou sociais da pessoa, sem caracterizar necessariamente um dano à dignidade humana.<sup>158</sup>

Anderson Schreiber busca desvincular a associação existente entre o dano moral e as possíveis consequências psíquicas ou emocionais advindas de sua violação, defendendo que a análise do mesmo deve feita de modo objetivo, com a verificação, *in concreto*, da violação ao bem jurídico, e não com base na percepção subjetiva da vítima acerca do fato danoso. O autor considera, ainda, que a dignidade humana não se limita aos interesses existenciais citados acima, mas abarca a proteção de outros interesses ligados à personalidade<sup>159</sup>, dando uma amplitude ainda maior aos interesses incluídos no conceito de tal princípio. Para Schreiber, a alteração constante da realidade social impede a redução da conceituação de dignidade humana a um rol taxativo de direitos da personalidade<sup>160</sup>.

Este é o entendimento também de Gustavo Tepedino, para quem as esparsas e pontuais previsões constitucionais de tutela à personalidade humana não são capazes de abarcar todas as possíveis manifestações da personalidade humana<sup>161</sup>.

---

<sup>156</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1.376.449/SP, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, Data de Julgamento: 18/06/2013, Quarta Turma.

<sup>157</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>158</sup> CAVALIERE FILHO, 2010, p. 84.

<sup>159</sup> SCHREIBER, 2013, p. 83

<sup>160</sup> SCHREIBER, 2013, p. 125,

<sup>161</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.37.

A conceituação de dano moral desvinculada do aspecto subjetivo confere uma melhor proteção dos direitos à personalidade. Primeiro, por permitir a ampliação de sua tutela também às pessoas jurídicas<sup>162</sup> (com as devidas adaptações) e aos destituídos de capacidade intelectual para compreender uma violação ao seu conjunto de interesses, como ocorre com as crianças de tenra idade e os enfermos em estado de coma. Assim, a violação de um direito à personalidade (que constitui a verdadeira lesão ao bem jurídico), mesmo quando não acompanhado da correspondente dor que dele se costuma esperar (que, de fato, constitui uma consequência desta lesão) ensejaria o ressarcimento do dano moral<sup>163</sup>.

No mesmo sentido, posiciona-se Anderson Schreiber, para quem a associação entre o dano moral (juridicamente considerado) e a frustração ou sofrimento sentidos pela vítima acabam por favorecer um excessivo subjetivismo do instituto<sup>164</sup>, impossibilitando até mesmo uma sistematização coerente dos danos morais reconhecidos. O autor defende a recuperação do conceito de dano como “lesão a um interesse juridicamente tutelado”. A análise da ocorrência de um dano moral deveria se concentrar, portanto, sobre a verificação da existência de um interesse lesado (como por exemplo a honra) e não sobre as consequências da lesão a esse interesse (a dor que a ofensa à honra pode vir a causar)<sup>165</sup>.

Em que pese a dificuldade de conceituá-lo, é inegável que o reconhecimento do dano moral ganhou cada vez mais força, principalmente após a Constituição de 1988. A indenização respectiva, outrora negada sob o argumento de ser a ofensa moral inestimável e impossível de ser avaliada economicamente, agora é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência.

Sabe-se que, anteriormente à promulgação da mais recente carta constitucional, teses buscavam afastar a indenização de danos morais sob o argumento de que não era possível judicializar e quantificar um sentimento de dor.

A mudança iniciou-se em 1966, com o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de indenizar os chamados danos aos interesses personalíssimos. No entanto, a consolidação desse dano somente deu-se após a constituinte de 1988, que passou a reconhecê-lo expressamente<sup>166</sup>. A partir de então, passou-se a tutelar os interesses extrapatrimoniais – concernentes aos atributos da pessoa humana – para além dos interesses meramente patrimoniais – bens materiais ou com expressão monetária.

---

<sup>162</sup> Súmula 227 do STJ.

<sup>163</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 83.

<sup>164</sup> SCHREIBER, 2013, p. 107.

<sup>165</sup> SCHREIBER, 2013, p. 108.

<sup>166</sup> SCHREIBER, 2013, p. 106.

Dentre os danos extrapatrimoniais outrora renegados, pode-se destacar o já citado dano à imagem, amplamente reconhecido, cuja inviolabilidade é assegurada na atual Constituição em seu art. 5º, incisos X e XXVIII.<sup>167</sup> Da mesma forma, o dano à privacidade, antigamente inconcebível, é tutelado hoje pelos tribunais pátrios como modalidade específica de dano ressarcível<sup>168</sup>. Outro dano reconhecido atualmente é o chamado dano estético, considerado hoje como espécie autônoma de dano pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>169</sup>, em que pese a ausência de sua previsão legal no ordenamento jurídico<sup>170</sup>.

Para além destes, novos danos estão sendo reconhecidos pela doutrina, sendo em regra enquadrados como parte integrante do dano moral *lato sensu*. O importante é distinguir o bem violado que fundamenta sua tutela e o dever de indenização: o dano moral que surge a partir de uma violação à honra (dano moral estrito), o dano que surge a partir da violação à incolumidade ou identidade física (dano estético) e o dano que surge a partir da violação à imagem da vítima, dentre outros.

## **2.2 A evolução da responsabilidade civil e o estabelecimento de novos paradigmas**

### **2.2.1 Do advento da responsabilidade objetiva, da relativização do nexo causal e da ampliação dos danos tuteláveis**

Por muito tempo, a responsabilidade civil impôs maiores entraves ao ressarcimento da vítima do que propriamente conferiu-lhe tutela. A necessidade de se provar a culpa do causador do dano, atrelada à prova segura da causalidade completa entre este e a conduta ofensora, bem como a demonstração cabal da lesão, dificultavam sobremaneira o ressarcimento daquele que era, de fato, o maior interessado: o ofendido.

Com o objetivo de assegurar uma tutela progressiva do ofendido, passaram-se a relativizar alguns dos aspectos dos pressupostos da responsabilidade civil.

A insuficiência da responsabilidade subjetiva no amparo às vítimas de danos passou a demonstrar suas primeiras evidências nos casos de ocorrência de acidentes de

---

<sup>167</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 108-110.

<sup>168</sup> SCHREIBER, 2013, p. 91.

<sup>169</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial n.º 84.752/RJ, Relator: Ministro Ari Pargendler, Data de Julgamento: 21/02/2000, Terceira Turma; Recurso Especial n.º 327.210/MG, Relator: Ministro Barros Monteiro, Data de Julgamento: 04/11/2004, Quarta Turma; Recurso Especial n.º 401.124/BA, Relator: Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, Data de Julgamento: 05/10/2004, Terceira Turma.

<sup>170</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 105.

trabalho em indústrias. A dificuldade em demonstrar a culpa decorria em parte da própria inovação representada pelo advento das máquinas, insertas na cadeia econômica para ampliar a produção e propiciar a diminuição dos respectivos custos. A novidade, somada ao desconhecimento dos trabalhadores quanto ao seu funcionamento, e a dos empreendedores quanto aos riscos que estas ofereciam, praticamente impossibilitavam a prova da culpa do ofensor na causação do dano.<sup>171</sup>

Em razão de tais obstáculos, que por vezes dificultavam ou impediam a efetiva proteção da vítima, passou-se, aos poucos, a admitir-se técnicas para sua superação, tais como o reconhecimento da presunção da culpa, que possibilitava, ao menos, a inversão do ônus da prova, muitas vezes diabólica em relação à vítima, que não detinha quaisquer meios para comprovar a culpabilidade do ofensor.

Em outros casos, nos quais não se vislumbrava a ocorrência de uma conduta censurável do ponto de vista jurídico (culposa ou dolosa), restava prejudicado o direito da vítima de obter a reparação ao dano sofrido. Tal se mostrava no caso de alguns acidentes ferroviários, considerados, durante o século XIX, como inevitáveis. Nos incêndios causados por fagulhas produzidas por locomotivas, não se poderia imputar ao transportador o dever de ressarcir o dano acarretado a um fazendeiro que teve sua lavoura devastada pelas chamas, por não se verificar no caso em concreto nenhuma conduta imputável àquele<sup>172</sup>.

Do mesmo modo, um determinado empresário que colocasse no mercado produto ou serviço defeituoso, mas que tivesse agido com todas as cautelas que dele se espera, não seria imputável nos moldes da responsabilidade subjetiva, visto que não obrou com negligência, imprudência ou imperícia e, portanto, não praticou ato ilícito.

Aos poucos se suprimiu essa lacuna deixava pelo instituto por meio do afastamento da necessidade da presença do elemento *culpa* para a imposição ao agente do dever de indenizar. o que ampliou sobremaneira a tutela das vítimas. Passou-se a admitir a “mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente” para embasar a responsabilização do agente, desenvolvendo-se a partir de então a chamada responsabilidade objetiva<sup>173</sup>.

O crescente aumento das lesões de direito perpetradas, que tinham causas inúmeras e desconhecidas, as inovações como a eletricidade e a radioatividade, cuja dinâmica não era entendida em sua totalidade, bem como a necessidade de se proteger a vítima dos

---

<sup>171</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 141

<sup>172</sup> COELHO, 2010, p. 274.

<sup>173</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 11

danos e a dificuldade desta provar a culpa do ofensor impunham mudanças jurídicas. Deixou-se de se preocupar em encontrar o caráter culposo da conduta do agente para voltar-se à reparação do dano acarretado à vítima<sup>174</sup>.

Após a supressão da exigência da culpa – nas hipóteses previstas legalmente – fora a vez de flexibilizar o outrora tão rígido nexos de causalidade. A causalidade alternativa, a causalidade concorrente e a causalidade parcial flexibilizaram o liame que deveria existir entre a conduta do ofensor e o dano sofrido pela vítima. Essa relativização, assim como no caso verificado com a culpa, foi necessária para ampliar a proteção dos ofendidos. A responsabilidade civil precisou se adaptar à nova realidade social, econômica e tecnológica, onde as causas não são plenamente conhecidas e os efeitos não são imediatamente visíveis, o que dificulta sobremaneira a verificação plena do liame entre causa e consequência<sup>175</sup>.

A tendência, por certo, é cada vez mais garantir a reparação dos danos acarretados às vítimas. Esse novo olhar da responsabilidade civil, seja no que concerne à culpa, nexos causal, ou dano, é que garantirá a efetiva reparação das lesões impostas aos ofendidos<sup>176</sup>. O intuito é ampliar, cada vez mais, a possibilidade de reparação dos danos acarretados<sup>177</sup>.

Não seriam os danos que permaneceriam estanques no âmbito do desenvolvimento da responsabilidade civil nacional. A própria expansão do rol de danos ressarcíveis, por meio do acréscimo dos chamados danos morais na Constituição de 1988, já dá mostras da tendência do ordenamento em abarcar novas situações merecedoras de tutela. Em um ordenamento marcado fortemente pela responsabilidade objetiva e pela flexibilização do nexos causal, mostra-se necessário o estudo do elemento essencial e fundante da responsabilidade civil: o dano.

## **2.2.2 Da possibilidade jurídica de reconhecimento de novos danos**

É certo que o novo caráter da responsabilidade civil (com a ampliação dos interesses tuteláveis e com a busca pela maior proteção à vítima) originou o reconhecimento progressivo de novos danos.

Tal ampliação deve-se à própria natureza do ordenamento jurídico brasileiro, o qual é considerado atípico ou aberto, em contraposição aos existentes ordenamentos típicos ou

---

<sup>174</sup> LIMA, Alvido. *Culpa e risco*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 113-115.

<sup>175</sup> SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3 ed, São Paulo: Atlas, 2013, p.46.

<sup>176</sup> SILVA, 2013, p.6.

<sup>177</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 540.



fechados. Ao contrário destes, o ordenamento nacional não indica taxativamente os interesses tuteláveis e as violações que ensejam um dano ressarcível. Nas palavras de Anderson Schreiber:

[...] nos ordenamentos típicos, o legislador limita o dano ressarcível a certos interesse previamente indicados, restringindo a atuação judicial a um campo determinado. Nos ordenamentos atípicos, ao contrário, o legislador prevê tão somente cláusulas gerais, que deixam ao Poder Judiciário ampla margem de avaliação no que tange ao merecimento de tutela do interesse alegadamente lesado. Nesta esteira, diz-se típico, originariamente, o ordenamento alemão, em que o ressarcimento de danos vem assegurado apenas em face da lesão a interesse tipificados em lei, como a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade e a propriedade. É atípico, por outro lado, o ordenamento brasileiro, em que o legislador não indica os interesse cuja violação origina um dano ressarcível, limitando-se a prever uma cláusula geral de ressarcimento pelos danos materiais ou morais.<sup>178</sup>

Assim, em que pese existirem interesses expressamente previstos na Constituição Federal e nos microssistemas infraconstitucionais (tal qual o estatuto do consumidor), a ausência de previsão de um determinado interesse social não indica a impossibilidade de seu reconhecimento, também, como interesse jurídico.

Ao contrário dos sistemas ditos fechados, a seleção dos interesses merecedores de tutela nos sistemas abertos não cabe somente ao legislador, mas também ao intérprete. Como parte-se do pressuposto de que não há um rol previamente estabelecido de interesses tuteláveis, o julgador, no caso em concreto, deverá verificar se não se trata de um novo interesse tutelável, não previsto de modo expresso pela norma legal, mas decorrente da análise sistêmica do ordenamento que orienta sua atuação<sup>179</sup>. Daí decorre a importância do estudo dos princípios e normas que informam um determinado microssistema.

Anderson Schreiber esclarece, ainda, que “a limitação da ressarcibilidade dos danos à violação de um direito subjetivo ou a qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei mostra-se absolutamente incompatível com a realidade jurídica contemporânea” em razão “da multiplicação desconcertante de novas situações e expectativas que caracteriza a sociedade atual”.<sup>180</sup>

No que concerne às relações de consumo, tal não se mostra diferente. Antes do advento do código de defesa do consumidor, este enfrentava o quase intransponível obstáculo da prova da culpa do fornecedor, bem como a ausência de normas específicas às relações negociais travadas com este. Após, adveio a dificuldade de efetivar as normas consumeristas relacionadas à qualidade e quantidade dos produtos e serviços prestados.

---

<sup>178</sup> SCHREIBER, 2013, p. 102.

<sup>179</sup> SCHREIBER, 2013, p. 125.

<sup>180</sup> SCHREIBER, 2013, p. 124.

Hoje, o desafio enfrentado pelos novos consumidores concerne ao tempo despendido por estes na solução dos impasses acarretados pela má prestação de serviços. Este tempo desperdiçado não encontra guarida expressa no ordenamento, mas decorre da interpretação constitucional e legal dos princípios e das próprias normas gerais que regem a tutela do consumidor. A constante mutação ocorrida no seio das relações consumeristas impõe o reconhecimento de novas formas de tutela para a concretização dos comandos constitucionais que buscam sua defesa.

A atual técnica legislativa se utiliza fortemente das chamadas cláusulas gerais<sup>181</sup> e da aplicação direta dos princípios constitucionais para a solução dos casos em concreto, conferindo maior discricionariedade ao julgador<sup>182</sup>. A necessidade se impõe diante da “evolução dinâmica dos fatos sociais” e da dificuldade em se “estabelecer disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que seja a pessoa humana titular”<sup>183</sup>.

De todo o exposto, resulta a possibilidade de reconhecimento de novos danos, para além dos expressamente previstos no ordenamento nacional.

### **2.3 Dos novos danos**

Para além dos tradicionais danos abordados anteriormente, novos danos tem sido erigidos pela doutrina e, com um pouco mais de resistência, pela jurisprudência nacional. Essa ampliação dos danos atualmente tuteláveis deve-se à mudança de paradigma verificada na atual sociedade. O objetivo é, cada vez mais, garantir uma maior proteção às vítimas que sofrem a mácula da violação de seus bens jurídicos.

A atenção voltada a esse elemento da responsabilidade civil proporcionou, nos últimos anos uma aceitação maior de outros novos danos. Temos, como destaque, a chamada perda de uma chance, o dano pelo abandono sócio afetivo, o dano morte, o dano moral coletivo, e o dano moral punitivo.

Por muito tempo, não se buscou tutelar tais danos por se entender que não se tratavam de bens, direitos ou interesses juridicamente tuteláveis. Por não se enquadrarem no conceito de dano patrimonial convencional (dano emergente e lucro cessante), nem se identificarem com os danos morais concedidos tradicionalmente pela jurisprudência (dano a

---

<sup>181</sup> Conceitos amplamente utilizados são a boa fé objetiva, o estado de necessidade, exercício regular de direito; há também os chamados conceitos jurídicos indeterminados, como os conhecidos termos necessidade pública e interesse social

<sup>182</sup> SCHREIBER, 2013, p. 124.

<sup>183</sup> TEPEDINO, 2004, p.37.

honra, à imagem, à privacidade, dentre outros), não eram considerados passíveis de proteção pelo ordenamento nacional, sendo caracterizados como fatos sociais prejudiciais, mas não danos jurídicos. Ademais, por não estarem expressamente previstos no ordenamento, houve, e ainda há, uma maior resistência a sua aceitação.

No entanto, aos poucos vê-se ocorrer uma mudança jurisprudencial e doutrinária nesse sentido. Que fato justificaria o reconhecimento desses novos danos (e, conseqüentemente, de outros tantos ainda não consolidados), outrora relegados? O mesmo motivo que ensejou a aceitação da responsabilidade objetiva e a flexibilização do nexo causal: a necessidade de maior tutela dos verdadeiros beneficiários da responsabilidade civil, as vítimas.

Anderson Schreiber, ao tratar da ampliação da ressarcibilidade, esclarece o porquê do constante aumento do rol de danos tuteláveis:

[...] essa flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir à vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos.<sup>184</sup>

O autor esclarece que, aos poucos, novos interesses passam a ser reconhecidos pela doutrina e jurisprudência como merecedores de tutela, ensejando o surgimento de novos danos ressarcíveis. O poder judiciário, nesse sentido, assume o importante papel de identificação desses “interesses merecedores de tutela”<sup>185</sup>. A ampliação do rol de espécies de dano moral reconhecidas pela jurisprudência deve-se, em parte, ao desenvolvimento significativo dos direitos da personalidade<sup>186</sup>. O novo *status* dado à proteção dos interesses extrapatrimoniais incrementou o espectro de novos interesses jurídicos (seja no âmbito individual ou coletivo), e, em natural conseqüência, dos novos danos tuteláveis<sup>187</sup>.

A ausência de uma definição legal de dano, somada à atipicidade dos interesses tuteláveis no ordenamento nacional, impõem à jurisprudência a tarefa de determinar os interesses merecedores de tutela. Ademais, a proteção a esses novos danos torna-se necessária na medida em que a previsão legal não dá conta de acompanhar as mutações sociais e a “proliferação de novos interesses e de novas situações lesivas a que tem dado margem a

---

<sup>184</sup> SCHREIBER, 2013, p. 83.

<sup>185</sup> SCHREIBER, 2013, p. 102.

<sup>186</sup> MORAES, Maria Celina Bodin *apud* SCHREIBER, 2013, p. 84.

<sup>187</sup> SCHREIBER, 2013, p. 85.

evolução tecnológica e científica”, sendo imprescindível a atuação do poder judiciário nesse sentido<sup>188</sup>.

A seguir, uma análise rápida de novos danos reconhecidos pelo ordenamento, ou das novas facetas da responsabilidade civil, e o fundamento que ampara sua tutela e a ressarcibilidade de sua violação.

### 2.3.1 Da perda de uma chance

O dano pela perda de uma chance vem ganhando, aos poucos, maior reconhecimento pelos tribunais pátrios. Antes negada sob o argumento de se tratar de uma mera expectativa, de vantagem hipotética, ou dano incerto, hoje tem sido reconhecida como uma dano autônomo. Rafael Peteffi da Silva, na obra *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance*<sup>189</sup>, traça um perfil da atual jurisprudência sobre o assunto, mostrando a maior aceitação do tema em âmbito nacional, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

O autor define a perda de uma chance como a interrupção de um processo aleatório que, ao final, poderia culminar na obtenção de uma vantagem esperada. A perda definitiva dessa vantagem por meio da quebra do processo aleatório é que caracteriza a perda da chance, a qual deve ser séria e real<sup>190</sup>.

Dentre os julgados, o autor destaca o famoso caso do Show do Milhão<sup>191</sup>, sentenciado em 2005. No caso, uma participante, que chegara à etapa final do programa e deixara de responder a “pergunta do milhão” – auferindo a premiação já acumulada de R\$ 500.000,00 – pleiteava o valor correspondente ao restante do prêmio, em razão de inexistir alternativa correta, dentre as apresentadas pelo programa. Na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça conferira uma indenização no montante a R\$ 125.000,00, equivalente à chance de 25% da participante acertar a pergunta.

Sérgio Cavalieri Filho esclarece que esta se constitui na “perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem”, não se confundido com o dano final. Lembra, ainda, que é ora concedida a título de dano moral, ora a título de dano patrimonial pelos tribunais pátrios<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> SCHREIBER, 2013, p. 125.

<sup>189</sup> SILVA, 2013.

<sup>190</sup> SILVA, 2013, p. 12

<sup>191</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788.459/BA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 08/11/2005, Quarta Turma.

<sup>192</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 78

A aceitação crescente da teoria da perda de uma chance demonstra o alargamento dos danos ressarcíveis no âmbito do ordenamento nacional – a par da discussão acerca da causalidade parcial, no que tange aos casos em que o processo aleatório chegou ao fim – para além dos expressamente previstos. O valor jurídico da “chance” passa a ser reconhecido, sendo a sua violação reparável. Novamente, o intuito é garantir uma maior tutela às vítimas.

### 2.3.2 Do abandono sócio afetivo

Outro novo dano que tem ganhado destaque no plano doutrinário e, mais recentemente, no plano jurisprudencial<sup>193</sup> é o dano por abandono sócio afetivo. Este, segundo Anderson Schreiber, decorre da violação de um “dever normativo expresso dos pais de educarem e criarem seus filhos”, estatuídos no art. 22 da Lei n.º 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – e art. 1634 do Código Civil. A tutela de tal dano deve-se à interpretação adequada do que vem a ser “criar e educar”; na nova sistemática constitucional, não poderia este se restringir somente aos custos de criação, abarcando também a participação paterna na formação integral dos infantes<sup>194</sup>.

A extensão da responsabilidade civil ao âmbito das relações familiares mostra a importância do instituto, que se irradia a todos os domínios do direito<sup>195</sup>.

A reparação, nestes casos, assim como nos demais casos concernentes aos danos morais, tem o objetivo de compensar a lesão sofrida, visto que não há como repor a vítima ao *status quo ante*<sup>196</sup>.

O exemplo trazido à análise serve para demonstrar a utilização do instituto da responsabilidade civil também no ressarcimento do dano decorrente do abandono afetivo, evidenciando a possibilidade de ampliação do rol de bens, interesses e direitos tuteláveis pelo ordenamento nacional.

---

<sup>193</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma.

<sup>194</sup> SCHREIBER, 2013, p. 183.

<sup>195</sup> MIGUEL, Alexandre. *Responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

<sup>196</sup> NETO, Inácio de Carvalho. *Abuso de Direito*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 148

### 2.3.3 Do dano moral punitivo

A responsabilidade civil exerce, hoje, não somente uma função reparatória (restituição da perda patrimonial), mas também compensatória (reparação pelo dano moral sofrido pela vítima) e inibitória (desestímulo à reiteração da conduta pelo agente)<sup>197</sup>.

Obviamente que a reparação do dano moral não restituirá a vítima ao *status quo ante*, mas servirá para compensar as consequências da violação sofrida. Caso não se reconhecesse a possibilidade de se indenizar este dano inestimável, a vítima restaria desamparada, e o autor do dano permaneceria impune.

Alguns autores, no entanto, ampliam ainda mais o papel desempenhado pelo dano moral no ordenamento brasileiro, concedendo a este uma função, também, punitiva.

Cavaliere Filho, ao tratar da questão do dano moral punitivo, cita a obra do Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade, *Dano Moral e Indenização Punitiva*, no qual se sustenta a possibilidade de ampliar a indenização concedida à vítima com base no princípio constitucional de tutela jurisdicional contra toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito<sup>198</sup>.

O autor esclarece, ainda, que a mudança de paradigma da responsabilidade civil surge com dois propósitos: prevenir a ocorrência de novas lesões por meio dessa dissuasão pecuniária e punir o agressor pela ofensa. A punição, em tais casos, deve pautar-se não só na intensidade e duração do sofrimento impingido, mas na reprovabilidade da conduta ilícita, na capacidade econômica do ofensor e ofendido, na ocorrência de reiteração da conduta, bem como nos casos em que o ofensor obtiver lucro com a conduta perpetrada.<sup>199</sup>

O autor cita ainda julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de sua relatoria, em que fundamentara a aplicação do dano moral punitivo com base na reprovabilidade da conduta do prestador de serviço, que provocara a demora irrazoável para o cancelamento de um serviço não solicitado, constituindo-se em prática abusiva. Sugere o autor que a indenização punitiva pode, ainda, decorrer de ato abusivo que importe em obtenção de lucro ao agente.<sup>200</sup> Fernando Noronha também relembra que a responsabilidade civil exerce um papel punitivo e preventivo, para além do meramente reparatório<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1.684-1.685.

<sup>198</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 98.

<sup>199</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 98.

<sup>200</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 100.

<sup>201</sup> NORONHA, 2003, v. 1, p. 437.

Para outros autores, como Fábio Ulhoa Coelho, a função punitiva do dano moral somente é cabível nos casos de responsabilidade subjetiva, em que se analisa a presença da culpa e o grau de culpabilidade do ofensor.

O autor esclarece que as funções compensatória e preventiva existem tanto no âmbito da responsabilidade civil subjetiva quanto objetiva. No entanto, na primeira espécie de responsabilidade existe o intuito de coibir as condutas ilícitas causadoras de dano por meio de uma “sanção” pecuniária. Busca-se prevenir a perpetração de novas lesões por meio de um estímulo à mudança de comportamento do ofensor. Tal função sancionatória é exclusiva da responsabilidade subjetiva. Resta inaplicável à responsabilidade objetiva, porque nesta a ilicitude pouco importa para a caracterização do dano, não havendo, para o autor, sentido em considerá-la como uma pena ou sanção pecuniária<sup>202</sup>.

Quanto à responsabilidade objetiva, aduz que o seu fundamento encontra amparo na posição econômica assumida pelo causador do dano, posição esta que lhe permite “socializar os custos de sua atividade entre os beneficiários”. O mecanismo preventivo dessa responsabilidade não reside no desestímulo à conduta culposa ou dolosa, mas no estímulo à adoção de práticas preventivas que auxiliem na redução de possíveis custos advindos dessa responsabilização posterior. O empresário, por exemplo, buscará reduzir a margem de acidentes de consumo ao mínimo possível, de forma a sofrer menor grau de responsabilização, com a conseqüente diminuição dos custos produtivos e aumento do número de consumidores. A responsabilização, em tais casos, se torna uma “medida de racionalidade econômica”, cumprindo de um modo diverso a sua função preventiva.<sup>203</sup>

Para outros, como Anderson Schreiber, o caráter punitivo do dano moral deve ser rejeitado em sua totalidade, por duas razões: primeiro, por ser incompatível com o ordenamento nacional; segundo, por situar-se na contramão da evolução da responsabilidade objetiva, que prescinde da análise da culpa e projeta todas as suas preocupações na verificação da existência do dano e do nexa causal. O autor considera um retrocesso o retorno à análise do grau de culpabilidade do causador do prejuízo, visto ser o foco atual da responsabilidade a proteção à vítima, e não à reprovabilidade da conduta do ofensor.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> COELHO, 2010, p. 285.

<sup>203</sup> COELHO, 2010, p. 288.

<sup>204</sup> SCHREIBER, 2013, p. 217.

## 2.4 Da responsabilidade civil no âmbito do Código de Defesa do Consumidor

Parece acertada a posição dos autores que afastam o caráter punitivo da responsabilidade civil, ainda mais no que concerne à seara da responsabilidade objetiva, predominante no âmbito do Código de Defesa do Consumidor.

A tutela (expressa ou implícita) dos interesses destes deve se voltar à proteção de seus bens jurídicos, sejam os reconhecidos danos materiais e os morais tradicionais, seja um novo dano temporal. O intuito, ao contrário do que se possa pensar, é garantir uma efetiva proteção dos consumidores, que independa do grau de reprovabilidade da conduta do fornecedor do produto ou serviço.

O que se pretende esclarecer é que pouco importa se este *roubou* parcela do tempo inestimável do consumidor de modo intencional, culposo ou decorrente de outro fato não censurável pelo direito. Houve uma lesão ao bem jurídico deste, havendo a imposição da reparabilidade desse dano, sem adentrar nas razões pelas quais o fornecedor procedeu ou deixou de proceder nos moldes que deveria.

A responsabilidade objetiva veio justamente para se garantir uma proteção ampla à classe dos consumidores, que ultrapassasse a barreira antes imposta da análise da culpa. É com tal intuito que essa espécie de responsabilidade fora estabelecida como regra no âmbito das relações de consumo<sup>205</sup>, demonstrando mais uma vez o caráter protetivo do estatuto<sup>206</sup>.

Deve se destacar que o CDC exige qualidade do produto ou serviço prestado (art. 4º, inciso I, d e inciso V), não importando, portanto, a presença ou não da culpa na imposição de responsabilidade quando o produto ou serviço não contiver as características que dele se espera. É uma exigência de resultado imposta pelo diploma, cabendo ao fornecedor o ressarcimento dos quaisquer danos acarretados ao consumidor<sup>207</sup>, incluindo uma ampla reparação dos danos materiais, morais, estéticos e à imagem.<sup>208</sup>

As modificações trazidas pelo CDC foram necessárias para conferir maior garantia aos consumidores. O aumento exponencial da produção em série trouxe consigo o

---

<sup>205</sup> Há uma exceção: a responsabilidade subjetiva do profissional liberal, prevista no art. 14, §4º do CDC.

<sup>206</sup> Caso não se reconhecesse a responsabilização independentemente de culpa, em caso de vício – ou possível defeito – caberia ao consumidor o ônus de arcar com o prejuízo. O fornecedor, em tal caso, lucraria com o bônus advindo da venda do produto ou prestação do serviço (objetivo primordial do empreendimento econômico) sem sofrer com o ônus advindo de uma falha não culposa na cadeia produtiva, sendo este imposto ao consumidor, que papel nenhum desempenhou ao longo do ciclo de produção.

<sup>207</sup> NUNES, 2011, p. 215.

<sup>208</sup> NUNES, 2011, p. 221.



aumento exponencial dos riscos resultantes dessa produção em larga escala, e a necessidade de mudanças quanto à imputação da responsabilidade. Do risco inerente a essa atividade econômica<sup>209</sup> é que decorre a teoria da responsabilidade objetiva.

O retorno da culpa como critério da quantificação (ou mesmo da imposição) de um dano moral temporal pode dificultar, ao invés de contribuir, para a análise do cabimento da devida indenização.

Cabe verificar agora as razões pelas quais deve ser o dano temporal tutelável, bem como o posicionamento atual dos tribunais pátrios e a legislação nacional existente que possa servir de baliza à aceitação de tal dano.

---

<sup>209</sup> In CAVALIERI FILHO, 2010, p. 484: “Pela *teoria do risco do empreendimento*, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. [...] O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos”.

### **3. DO DANO TEMPORAL: a perda de tempo útil do consumidor**

#### **3.1. Do tempo em seus vários aspectos**

##### **3.1.1 O valor social do tempo**

O tempo, em que pese sua extrema relevância individual e social, não possui hoje valor jurídico próprio reconhecido de modo expresso. Talvez porque nem mesmo haja o reconhecimento de seu valor pessoal. Por vezes, o decurso do tempo passa totalmente despercebido pelo homem. Horas, dias e semanas fluem sem que se tome consciência e, principalmente, sem que se de conta da magnitude que esse fato representa na vida. Às vezes, tal tempo é mesmo menosprezado pelos maiores interessados: os seus próprios titulares.

Mais do que um elemento integrante da vida humana, o tempo é a própria expressão dessa vida. Esta transcorre através daquele.

O que se pretende esclarecer é que o decurso de uma hora, um dia ou um mês, não representa somente uma unidade de medida de tempo, mas a própria vida traduzida no passar desse tempo. Portanto, quando se dedica tempo à determinada atividade, significa dizer que se está dedicando uma parcela da própria existência à essa atividade. Da mesma forma, quando se despende tempo com algo, significa, igualmente, que se está despendendo uma parcela dessa existência.

A perda de tempo provocada pelo próprio indivíduo já constitui motivo de insatisfação. Uma preocupação desnecessária, a soma de esforços em uma empreitada que depois se percebe inútil, a dedicação a uma atividade da qual posteriormente se desiste, dentre tantas outras situações naturais e até mesmo cotidianas. Não há, inicialmente, problema algum nisso. É quase inevitável o homem perder tempo com algo que, a certa altura da vida, perceberá vão ou improfícuo. Mas essa é uma escolha privativa do próprio indivíduo, de ninguém mais.

O problema é quando essa decisão, que cabe somente ao indivíduo, é arrancada da sua esfera de poder, e exercida por outrem, que furta o seu tempo – bem como a possibilidade de escolher em que perdê-lo – sem sua permissão.

Mero dissabor, dirão alguns. Enganam-se. Mas perceberão o equívoco no dia em que alguém, de modo intruso e desrespeitoso, roubar o seu tempo. Tempo não só inestimável, mas irrecuperável. Uma vez roubado, não pode ser devolvido. Talvez uma compensação, em uma tentativa tímida de reparar o mal infligido a outrem, mas jamais o retorno ao *status quo*

*ante*. O tempo perdido é uma parcela, ainda que ínfima, da existência humana que já transcorreu e não mais torna.

Por isso, não se diga mais que esse tempo é algo de menor importância, uma incomodação socialmente aceitável, ou, como preferem os juristas, um mero dissabor que não implica em ressarcimento. Esse tempo representa não só a vida, em seu decurso natural, mas todas as atividades que poderiam ser desempenhadas durante esse período que fora tirado de quem detinha o direito de escolher como perdê-lo, como investi-lo, ou como utilizá-lo. Pouco importa a expressão que se usa ou o que se faz com o tempo do qual se dispõe. O importante é que essa escolha caiba ao seu titular, e a mais ninguém.

Esclarecida a sua importância, passa-se à análise de seu reconhecimento e ao estudo da possibilidade de sua tutela.

### **3.1.2 A expressão do tempo nos institutos jurídicos**

Apesar de não ser reconhecido de modo *expresso* como direito subjetivo, o tempo desempenha papel essencial no atual ordenamento, e mesmo dentro do microsistema das relações de consumo. É elemento essencial dos institutos da prescrição e decadência, conforme consta dos artigos 26 e 27 do CDC<sup>210</sup>, bem como nas demais áreas do direito.

Permeia todo o sistema jurídico nacional, pautado em prazos, seja para propositura de ações, interposição de recursos, reconhecimento do trânsito em julgado, dentre outros. Encontra-se também presente no art. 5º, inciso LXXVIII, dispositivo por meio do qual se busca assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a “razoável duração do processo”.

Do mesmo modo, conhecidos são os juros de mora (art. 52, § 1º, CDC e artigos 249, 394, 407, dentre outros do CC), o tempo máximo para a caracterização da posse de força nova (um ano e um dia da turbacão ou do esbulho, conforme art. 924 do CPC), e o prazo máximo para impetrar mandado de segurança (120 dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado, consoante art. 23 da Lei n.º 12.016/2009).

Ao próprio consumidor impõe-se o respeito aos prazos estipulados, sob pena de decair seu direito de reclamar de vícios ou prescrever sua pretensão ressarcitória aos danos

---

<sup>210</sup> Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis; Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

que lhe foram acarretados. Da mesma forma, ao fornecedor são impostos limites de prazo para a solução dos vícios que seus produtos ou serviços apresentarem (art. 18, §1º do CDC)<sup>211</sup>.

O tempo, portanto, desempenha papel fundamental na criação, extinção e modificação das relações jurídicas. No entanto, não é somente em tais aspectos que o tempo desempenha importante valor jurídico.

### **3.1.3 O tempo como meio de exercício de outros direitos constitucionalmente assegurados**

Consoante anteriormente relatado, a Constituição atual garantiu ao homem o direito à vida, à saúde, à educação, ao trabalho e ao lazer – dentre tantos outros que se poderia elencar –, os quais constituem expressão do princípio maior da dignidade humana, fundamento do atual estado democrático de direito, e a razão maior para a tutela de todos os aspectos (individuais ou sociais) inerentes à vida humana.

No entanto, para que o homem se dedique aos cuidados com a saúde, ao desenvolvimento de sua atividade profissional, ao desfrute do ócio, e ao aproveitamento do lazer com a família ou amigos, deve dispor de tempo para tanto. Portanto, fatores externos que maculem o tempo de vida de que o consumidor dispõe, interferem – em maior ou menor medida – no desfrute de tais atividades.

## **3.2 Da perda de tempo como novo dano**

### **3.2.1 Da tese do Desvio Produtivo, de Marcos Dessaune**

Como dito anteriormente, a ordem econômica na atual constituição não só é informada pelo princípio da defesa do consumidor, mas também *tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*. Por certo que as atividades econômicas desenvolvidas pelos fornecedores em âmbito nacional também deverão atender a tais ditames.

---

<sup>211</sup> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor [...] § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: [...]

É por tal razão que Marcos Dessaune aduz que a missão de qualquer fornecedor, hoje, é “contribuir para a existência digna”, “promover o bem-estar” e “possibilitar a realização humana do seu consumidor”, sujeito em função do qual existe. Em razão da especialização do conhecimento e das atividades desenvolvidas no seio social, intensificou-se o processo de interdependência entre os indivíduos, que passam a se valer cada vez mais das trocas (de produtos, serviços) para alcançar seus objetivos, de modo a lhes proporcionar dignidade e bem estar. Daí a importância da qualidade intrínseca dos bens produzidos e serviços prestados, e a missão de o fornecedor cumprir com tais desígnios<sup>212</sup>.

No entanto, os fornecedores têm tomado a posição oposta à sua incumbência de proporcionar meios para a promoção do bem estar dos consumidores. Estes, imersos na busca pela solução dos mais diversos empecilhos tem perdido parcela considerável de seu tempo com obstáculos ocasionados pelo próprio fornecedor, seja por “despreparo, desatenção, descaso ou má-fé”<sup>213</sup>.

Tal perda de tempo é responsável pelo que Marcos Dessaune denomina *desvio produtivo do consumidor*. O autor explica que “para desempenhar qualquer atividade, a pessoa humana necessita dispor de tempo e de competências [conhecimentos, habilidades e atitudes], que constituem seus recursos produtivos”. A missão implícita do fornecedor, portanto, seria liberar os recursos produtivos do consumidor, proporcionando produtos e serviços de qualidade e possibilitando que este empregue o seu tempo nas atividades de sua preferência<sup>214</sup>. Um cliente, por exemplo, contrata uma agência de turismo justamente com a finalidade de que esta planeje e organize sua viagem, poupando o consumidor dessa função e possibilitando que ele use o tempo disponível para outras atividades<sup>215</sup>.

Quando o fornecedor não cumpre com esse papel e ocasiona a perda de tempo do consumidor, acarreta-lhe um desvio produtivo de suas atividades, as quais passam a se direcionar para a solução dos impasses a que não dera causa, tomando o tempo que deveria ser despendido com atividades de seu interesse e de sua escolha.

O fornecedor, que deveria apresentar um produto e prestar um serviço de qualidade, atendendo às necessidades e legítimas expectativas do consumidor, fornece um bem viciado ou defeituoso ou exerce uma prática abusiva, descumprindo as exigências postas no Código de Defesa do Consumidor e acarretando um prejuízo a este<sup>216</sup>. Ademais, o

---

<sup>212</sup> DESSAUNE, 2011, p. 41-42.

<sup>213</sup> DESSAUNE, 2011, p. 46.

<sup>214</sup> DESSAUNE, 2011, p. 42.

<sup>215</sup> DESSAUNE, 2011, p. 44.

<sup>216</sup> DESSAUNE, 2011, p. 47.

consumidor tem parcela de seu tempo absorvida pela tentativa de solucionar um problema decorrente da má prestação desse serviço ou da falha no produto adquirido.

São tais situações exemplos de mau atendimento, definido por Marcos Dessaune nos termos expostos:

Mau atendimento é a situação que se evidencia, especialmente, quando a empresa, descumprindo sua missão independentemente de culpa, fornece um produto final defeituoso, exerce uma prática abusiva no mercado ou comete outros atos ilícitos, gerando algum tipo de risco ou prejuízo para o consumidor, individual ou coletivamente.<sup>217</sup>

O autor destaca algumas situações que serviriam de exemplo de mau atendimento ao consumidor, ainda hoje consideradas aceitáveis: a espera demorada em uma fila de banco, em que somente dois dos dez guichês encontram-se abertos para atendimento ao público; ter um procedimento cirúrgico ou exame reiteradamente negado pelo plano de saúde, mesmo quando abarcado pela cobertura contratada; telefonar insistentemente para o Serviço de Atendimento ao Consumidor de uma determinada empresa para cancelar uma cobrança indevida, sendo repassado de atendente para atendente; ter de chegar com antecedência ao aeroporto e aguardar horas pelo voo que está atrasado (ou mesmo aguardar obter um lugar em outro voo em decorrência da conhecida prática de overbooking); retornar à loja repetidas vezes, procurar uma assistência técnica ou reclamar perante o PROCON em razão da compra de um produto defeituoso<sup>218</sup>, dentre outras hipóteses vistas, por parte da jurisprudência, como mero dissabor.

São típicos casos em que o consumidor desperdiça seu tempo e se desvia de suas competências, por um problema (vício, defeito ou prática abusiva) a que o próprio fornecedor dera causa.

Esse desvio produtivo é, segundo o autor, um novo dano, responsável pela lesão de um dos recursos mais preciosos e, paradoxalmente, mais banalizados que o ser humano possui: o tempo<sup>219</sup>.

Bodil Jönsson afirma que o tempo é o verdadeiro capital pessoal do homem (e não o dinheiro), sendo injusto que este seja transformado em um bem sempre em falta. A autora aduz, ainda, que se busca ganhar tempo comprando algo que nos facilite a vida, que nos faça economizar o tempo que sempre se esvai<sup>220</sup>. E continua, afirmando que o tempo que se possui é a verdadeira moeda de troca, “passível de ser convertido em dinheiro [trabalho], em relações

---

<sup>217</sup> DESSAUNE, 2011, p. 46.

<sup>218</sup> DESSAUNE, 2011, p. 47-48.

<sup>219</sup> DESSAUNE, 2011, p. 36.

<sup>220</sup> JÖNSSON, Bodil, *apud* DESSAUNE, 2011, p. 102-103

humanas, em interação com o meio ambiente, em conhecimento, em aprofundamento de sentimentos”.

O tempo, “capital inestimável”<sup>221</sup> e “recurso produtivo limitado, inacumulável e irrecuperável”<sup>222</sup>, é, sem dúvida, um bem social que merece reconhecimento como bem jurídico.

Limitado porque é finito e, mais que isso, escasso, existindo sempre em quantidade inferior ao que realmente se desejaria possuir. Inacumulável porque não é tangível e passível de ser armazenado ou retido. Irreversível porque uma vez transcorrido, não retorna mais<sup>223</sup>.

Marcos Dessaune também aponta outro recurso produtivo limitado, tal qual o tempo: as competências humanas, desenvolvidas ao longo da vida, e que são desviadas diante dos percalços impostos na má prestação de um serviço ou fornecimento de um produto defeituoso. O autor as define como “o conjunto de conhecimentos ou saber, habilidades ou saber-fazer e atitudes ou saber-ser, necessário para o desempenho de uma atividade”<sup>224</sup>.

Destaca que a *competência conhecimento*<sup>225</sup> (instrução, desenvolvimento pessoal, saber) é bem jurídico assegurado pela atual constituição na figura da educação, direito social previsto no art. 6º<sup>226</sup> da CRFB/88 e dever estatal imposto no art. 205<sup>227</sup> do mesmo diploma, o qual ainda dispõe que a educação tem como objetivo assegurar o pleno desenvolvimento da pessoa. Há, ainda, a previsão da *liberdade de aprender* (modo de aquisição de conhecimento) estatuída no art. 206, inciso II<sup>228</sup> da Constituição Federal e a *liberdade de informação* (de informar e ser informado), previstos no art. 5º, inciso XIV<sup>229</sup> e art. 220, §1º<sup>230</sup>.

<sup>221</sup> JÖNSSON, Bodil, *apud* DESSAUNE, 2011, p. 106.

<sup>222</sup> DESSAUNE, 2011, p. 106.

<sup>223</sup> DESSAUNE, 2011, p. 108.

<sup>224</sup> DESSAUNE, 2011, p. 95.

<sup>225</sup> DESSAUNE, 2011, p. 112-114.

<sup>226</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>227</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

<sup>228</sup> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

<sup>229</sup> Art. 5º [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

<sup>230</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Já a *competência habilidade*<sup>231</sup> (proficiência ou destreza adquirida pela experiência profissional) é bem jurídico assegurado na figura da liberdade de ação profissional, estatuída no art. 5º, XIII<sup>232</sup> da CRFB/88.

Por fim, a *competência atitude*<sup>233</sup> (ação ou omissão motivada por determinada convicção pessoal) é tutelada como bem jurídico constitucional nas figuras da ampla *liberdade de ação*, estatuída em seu art. 5º, inciso II<sup>234</sup>, e *liberdade de pensamento* da pessoa, estatuída em seu art. 5º, incisos IV, VI e IX<sup>235</sup>.

Vê-se que quando o tempo, que o homem consumidor deveria dedicar ao lazer, estudo e trabalho (valores esse assegurados constitucionalmente), é tomado pelos percalços das relações jurídicas estabelecidas entre consumidor e fornecedor, impede-se o usufruto daquilo que se busca no momento do consumo: o prazer que este proporciona.

O homem busca, por meio de trocas no mercado de consumo, satisfazer necessidades ou desejos. As novas tecnologias e serviços deveriam facilitar essa busca, mas desempenham hoje exatamente o papel inverso, na medida em que impõem ao consumidor a perda do seu tempo na busca – por vezes infrutífera – de soluções aos problemas ocasionados pelos próprios fornecedores.

O autor afirma que o reconhecimento desse novo dano temporal se impõe ante as sucessivas ocorrências de mau atendimento aos consumidores. Aduz, no entanto, que deve haver prévia disposição legal ou constitucional<sup>236</sup> tutelando este novo dano, em respeito ao princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, da CRFB/1988)<sup>237</sup>.

Antes da análise da possibilidade de tutela deste dano – seja de forma plenamente autônoma, seja como decorrência da ampliação das hipóteses de dano moral –, ainda sem previsão legal expressa, será feita uma breve análise da jurisprudência nacional e da sua aceitação quanto ao dano temporal.

---

<sup>231</sup> DESSAUNE, 2011, p. 115-116.

<sup>232</sup> Art. 5º [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

<sup>233</sup> DESSAUNE, 2011, p. 117-119.

<sup>234</sup> Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<sup>235</sup> Art. 5º [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

<sup>236</sup> O autor propõe, inclusive, uma minuta de texto prevendo sua tutela: *O tempo de que cada indivíduo dispõe na vida, caracterizado pela escassez, inacumulabilidade e irrecuperabilidade, é recurso produtivo primordial e inviolável da pessoa, assegurando-se a ela o direito à indenização do dano de desvio produtivo decorrente da lesão desse seu tempo pessoal.*

<sup>237</sup> DESSAUNE, 2011, p. 134.



### 3.2.1 Os novos posicionamentos jurisprudenciais acerca da *Perda de Tempo Útil*: do mero dissabor ao enquadramento como dano moral

Em que pese ser essa perda de tempo tida na visão predominante como mero dissabor, aborrecimento normal e inevitável, paulatinamente parcela da jurisprudência vem admitindo a tese da indenização pela perda do tempo útil do consumidor, enquadrando este dano temporal como uma nova espécie de dano moral, a partir do reconhecimento da extensão dos bens jurídicos que este visa tutelar.

De modo mais notável, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem adotando a tese da perda de tempo útil pela má prestação de serviços ao consumidor. Outras cortes pátrias vêm, igualmente, adotando o posicionamento da reparabilidade do tempo perdido, em que pese de modo menos expressivo.

O reconhecimento, mesmo que inicialmente tímido, fortalece a proteção constitucional e legal conferida aos consumidores, e abre caminho para uma nova etapa à ampliação de sua tutela. A ascensão da lesão temporal como dano ressarcível trará novos ares ao microsistema consumerista e ao próprio instituto da responsabilidade civil, pelo menos no que concerne ao âmbito do direito do consumidor.

A ampliação do rol de situações tuteláveis para abarcar esse novo dano moral, longe de ser uma banalização do instituto, é o reconhecimento da existência de uma nova lesão que merece ser vedada pelo ordenamento pátrio. A crescente proteção dada às vítimas de consumo não deve ser interrompida ante o medo injustificado da chamada indústria do dano moral. Trata-se, aqui, de uma tutela amparada pelo direito nacional, não existindo razões jurídicas ou políticas – pelo contrário – para afastar seu reconhecimento.

Sendo uma verdadeira lesão ao bem *tempo*, deve restar amparada, tal como vem sendo feito, de modo significativo, pelo Tribunal carioca.

Em decisão proferida pela Quarta Câmara Cível<sup>238</sup> a empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A, responsável pela instalação de serviço de banda larga na residência do consumidor, fora condenada ao pagamento de danos morais. No acórdão, fora adotada expressamente a *teoria da perda do tempo livre* para fundamentar a imposição de ressarcimento dos danos acarretados. A obrigação de reparar deu-se em razão do grande lapso temporal verificado entre a data da celebração do contrato e a da comunicação de que não seria viável a prestação dos serviços, o qual perdurou durante mais de um ano.

---

<sup>238</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 279219-61.2009.8.19.0001, Relator: Des. Monica Tolledo de Oliveira, Data de Julgamento: 27/10/2010, Quarta Câmara Cível.

No corpo do acórdão, a relatora Ministra Monica Tolledo de Oliveira aduziu que a empresa ré criara no autor a expectativa de que os serviços seriam corretamente prestados. No entanto, houve o inadimplemento contratual e a frustração do consumidor que insistentemente buscava solucionar o problema junto ao fornecedor sem, no entanto, obter êxito.

Em outro caso, a Vigésima Segunda Câmara Cível<sup>239</sup> concedera indenização por danos morais com fundamento na *perda de tempo útil* em decorrência de cobrança em duplicidade de compra efetuada com cartão magnético. Para além dos danos materiais impostos ao estabelecimento comercial Q1 COMERCIAL ROUPAS LTDA, que realizara a venda da mercadoria – consubstanciados na restituição dos valores cobrados em excesso – o tribunal concedeu danos morais em razão da falha na prestação do serviço e a consequente perda de tempo da consumidora, que inúmeras vezes se dirigiu à loja para a resolução do impasse.

A Câmara entendeu que a demora injustificada em atender ao pedido de restituição do valor cobrado em duplicidade ocasionara a frustração da expectativa da consumidora, sendo devido o dano moral *in re ipsa*, presumindo-se este ante a conduta desidiosa da prestadora de serviço. Extraí-se do corpo do acórdão:

[...] há que se considerar que houve **perda do tempo útil** da apelante, impondo-se a contatos telefônicos demorados, irritantes e infrutíferos, retirando o consumidor de seus deveres e obrigações, e da parcela de seu tempo que poderia ter direcionado ao lazer ou para qualquer outro fim.

Uma vez que não tomou a devida cautela, na condução da relação jurídica e na observância das determinações legais, o dano decorre *in re ipsa*, ensejando o pagamento de compensação a título de danos morais (grifado no original).

Caso semelhante também fora proferido pela Décima Sexta Câmara Cível<sup>240</sup>. Na hipótese travada nos autos, a autora alegara que houve uma cobrança excessiva por parte da requerida no que se referia ao serviço de fornecimento de gás prestado em sua residência, a qual se mostrava incompatível com a utilização efetiva do serviço. A Câmara concedeu dano moral pela *perda de tempo útil* ocasionado ao consumidor na busca pela solução do problema. Da decisão consta, ainda, que a requerida, a empresa COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO CEG, não provou a efetiva prestação do serviço na medida em que fora cobrado, presumindo-se o excesso na conta remetida ao consumidor.

---

<sup>239</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 0099632-11.2011.8.19.0001, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 19/11/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível.

<sup>240</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 0025410-35.2008.8.19.0209, Relator: Des. Carlos José Martins Gomes, Data de Julgamento: 11/11/2013, Décima Sexta Câmara Cível.

Outro caso de cobrança indevida fora julgado pela Nona Câmara Cível<sup>241</sup>. Na hipótese dos autos, a concessionária iniciara a cobrança de tarifas telefônicas sem que houvesse a ativação da linha e entrega do aparelho ao consumidor, constituindo-se em falha na prestação do serviço. Da ementa, extrai-se:

Direito do consumidor de pagar somente pelo serviço efetivamente prestado. Hipótese que não trata de simples aborrecimento, mas de transtornos que deveriam e poderiam ser evitados pelo fornecedor do serviço, acaso a ênfase na prestação fosse o respeito ao consumidor. Prática que avilta o consumidor frustrando-lhe as expectativas e diminuindo-lhe os recursos e o tempo útil. Dano moral configurado. (grifado)

A Vigésima Quarta Câmara Cível<sup>242</sup> condenou a empresa CLARO S/A ao pagamento de danos morais pela perda de tempo útil acarretado à consumidora. Esta havia contratado serviço de internet banda larga, porém a velocidade da conexão só atingia 30% do total contratado. A Câmara concedeu indenização afirmando que não se tratava de caso de mero aborrecimento, pois que restava caracterizada a perda de tempo útil da consumidora, que havia realizado diversas reclamações administrativas sem, contudo, ter sido o serviço reparado em tempo oportuno. Extrai-se da ementa:

Em virtude de a parte ré ter frustrado a legítima expectativa da parte autora de um serviço prestado de forma adequada, eficiente e contínua, entendo que a quantia de R\$5.000,00, é necessária e suficiente para compensar o abalo moral sofrido, bem como indicar ao fornecedor que no futuro deve agir com respeito ao consumidor e as suas legítimas expectativas. (grifado)

Em outro caso levado a julgamento perante a Oitava Câmara Cível<sup>243</sup>, a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A fora condenada a indenizar a perda de tempo útil imposta a consumidor que, no período um ano, havia realizado mais de sessenta reclamações perante a prestadora do serviço de telefonia e internet, em razão da ineficiência e má qualidade da prestação do serviço, bem como de suas constantes suspensões e oscilações.

A câmara decidira, ainda, que na fixação do *quantum indenizatório* dever-se-ia levar em consideração os princípios punitivo-pedagógicos da responsabilidade civil, bem como o poder econômico das partes envolvidas.

A Vigésima Terceira Câmara Cível<sup>244</sup> manteve decisão que concedeu indenização a título de danos morais pela *perda de tempo útil* imposta ao consumidor, em desfavor da

<sup>241</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 0160246-79.2011.8.19.0001, Relator: Des. Rogério de Oliveira Souza, Data de Julgamento: 28/02/2013, Nona Câmara Cível.

<sup>242</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 0031807-24.2010.8.19.0021, Relator: Des. Peterson Barroso Simão, Data de Julgamento: 07/10/2013, Vigésima Quarta Câmara Cível.

<sup>243</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Apelação Cível. n.º 2225680-18.2011.8.19.0021, Relator: Des. Carlos Azeredo de Araújo, Data de Julgamento: 27/08/2013, Oitava Câmara Cível.

<sup>244</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Agravo Interno na Apelação Cível n.º 0008949-35.2010.8.19.0203, Relator: Des. Lúcio Durante, Data de Julgamento: 06/11/2013, Vigésima Terceira Câmara Cível.

empresa EIFFEL COMÉRCIO AUTOMOTIVO LTDA, em virtude da demora excessiva na solução do vício apresentado pelo automóvel recém-adquirido.

No caso, o consumidor havia adquirido um veículo 0Km, que apresentara inúmeros vícios já no primeiro ano de uso. Ademais, houve a demora excessiva no conserto do automóvel, motivo pelo qual o relator reconheceu a existência de um *dano indireto*. O relator, citando Cavalieri Filho<sup>245</sup>, afirmou que se tratava de um dano indiretamente ligado ao vício do produto. Aduziu que, no caso, não fora o vício do produto ou do serviço que, a rigor, causara o dano, mas a conduta do fornecedor, posterior ao vício, que não dera ao caso a atenção devida. O relator reconheceu a existência do dano, visto que o fornecedor, deixou de cumprir o dever de providenciar o imediato reparo do carro ou a sua troca, prejudicando o seu uso regular pelo autor.

A frustração da expectativa do consumidor em poder usufruir o automóvel 0Km, recém adquirido, bem como o não atendimento aos padrões de qualidade que se espera de um veículo novo, aliado aos inúmeros vícios verificados logo após a aquisição do bem e a excessiva demora na reparação de tais falhas, embasaram a concessão de danos sobre a rubrica da *perda de tempo útil* do consumidor.

Ressalte-se que a Câmara levou em consideração o caráter pedagógico/punitivo da condenação compensatória do dano moral, como meio de prevenção de novas lesões. A indenização, para além da reparação pecuniária, visa inibir a reiteração da prática violadora de valores fundamentais.

No mesmo sentido, a Vigésima Segunda Câmara Cível<sup>246</sup> concedeu danos morais em decorrência da perda de tempo acarretada ao consumidor. No caso dos autos, o produto adquirido – home theater – deixou de funcionar ainda durante o período da garantia estendida. Em razão de se mostrar inadequado à finalidade a que se destinava, o consumidor pleiteou o reparo do bem junto à assistência técnica, sem que este tenha sido providenciado após os trinta dias legais previstos. A Câmara proferiu a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. HOME THEATER. VÍCIO DO PRODUTO. GARANTIA ESTENDIDA. NEGATIVA DE DEVOLUÇÃO DA QUANTIA PAGA, SUBSTITUIÇÃO E CONserto DO PRODUTO. CONDUTA ABUSIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. **PERDA DO TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR. QUEBRA DA CONFIANÇA.** Legitimidade passiva do fabricante e do fornecedor do produto positivada, respondendo eles objetivamente pelos danos que causarem ao consumidor em decorrência da imperfeição de seus produtos e serviços, nos termos do art. 18 do CDC. Ilegitimidade da empresa de assistência técnica trazida ao polo passivo da demanda, já que sua atividade

<sup>245</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 270.

<sup>246</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 0342729-43.2012.8.19.0001, Relator Des. Rogério de Oliveira Souza, Data de Julgamento: 06/09/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível.

restringe-se à realização de reparos que não foram autorizados pela seguradora. A responsabilidade civil do fornecedor de produto defeituoso independe da comprovação de culpa de qualquer um dos componentes da cadeia de consumo, porquanto objetiva e elidida apenas se comprovada a excludente do nexo causal. Por se tratar de responsabilidade solidária entre todos os fornecedores, inclusive o comerciante, o consumidor pode, à sua escolha, exercitar a pretensão contra todos ou contra aquele que lhe for mais conveniente. **Vício do produto e falha na prestação do serviço incontroverso. Causa dano moral a resistência injustificada do fornecedor de bem de consumo durável, em substituir o produto ou devolver o valor do preço pago, em desrespeito aos direitos do consumidor hipossuficiente, compelido a recorrer ao Poder Judiciário para ter resguardado direito expressamente previsto em lei. Hipótese que não se amolda ao mero inadimplemento contratual.** Conhecimento dos recursos, parcial provimento do 1º e negativa de seguimento ao 2º. (grifado)

Do corpo do acórdão extrai-se interessante consideração:

Acrescente-se, ainda, que, segundo o conceito contemporâneo de obrigação, esta não mais se presta à simples aquisição de riquezas, mas à efetivação de direitos constitucional.

Sob esta égide, a relação obrigacional é vista como um processo em que credor e devedor têm deveres recíprocos: a este cabe o dever principal de adimpli-la, ao passo que os deveres acessórios são comuns a ambos.

[...]

Irrefutável a ocorrência de falha na prestação do serviço, sendo certo que na busca desenfreada do lucro a qualquer preço, sem o cuidado e diligência exigíveis, prevalecendo-se das baixas indenizações a que são infligidas e permanecendo na sua trajetória de mal servir, ato é que a singela situação dos autos perdurou por prazo superior ao estabelecido em lei sem qualquer solução extrajudicial, competindo ao consumidor socorrer-se de órgãos estatais como única solução de sanar o ocorrido.

Da análise dos julgados do tribunal carioca, percebe-se que o dano moral, em inúmeros casos, fora aplicado como dano moral *in re ipsa*, decorrendo este da necessidade de o consumidor ter de recorrer ao judiciário para ver seu direito garantido. Seja em razão de uma cobrança indevida<sup>247</sup>, da negativa em sanar um vício<sup>248</sup> ou defeito<sup>249</sup> do serviço, na falha do dever de informar claramente acerca dos termos do contrato<sup>250</sup>, na longa demora na entrega do produto adquirido<sup>251</sup>, houve a violação a deveres jurídicos impostos pelo Código de Defesa do Consumidor, que ensejaram o reconhecimento da necessidade de reparação pelo tempo perdido.

Percebe-se, ainda, que há uma forte tendência dentre os julgadores cariocas de conceder dano moral decorrente da perda de tempo útil com um caráter não apenas

<sup>247</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 2223672-68.2011.8.19.0021, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 04/09/2013, Quarta Câmara Cível.

<sup>248</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 0147702-59.2011.8.19.0001, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 30/07/2013, Quarta Câmara Cível.

<sup>249</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 0243565-42.2011.8.19.0001, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 02/07/2013, Quarta Câmara Cível.

<sup>250</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 0014904-04.2009.8.19.0067, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 05/07/2013, Quarta Câmara Cível.

<sup>251</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 0004280-81.2011.8.19.0209, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 23/05/2013, Quarta Câmara Cível.

reparatório, mas também punitivo. A tendência acompanha os *punitive damages* (indenização com caráter punitivo), que ganham força no âmbito do direito nacional<sup>252</sup>, em que pese não se coadunar com a evolução que a responsabilidade civil tem observado, em especial com a dispensa, cada vez maior, da análise da culpabilidade na imputação do dever de indenizar.

Jugados de outros tribunais vêm reconhecendo, pontualmente, a Teoria da Perda do Tempo Útil.

No Tribunal do Rio Grande do Sul, o exemplo do reconhecimento deste dano encontra-se no acórdão proferido pela Primeira Câmara Especial Cível<sup>253</sup>, de lavra do Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Na decisão, o Departamento Municipal de Água e Esgoto (DMAE) foi condenado ao pagamento de danos morais a consumidora que se vira impelida a buscar de modo incessante a redução do excesso de consumo verificado em sua conta de água do mês de setembro/99, cobrada em valor superior ao efetivamente devido.

Em razão da *via crucis* enfrentada pela consumidora na busca pela resolução da falha relativa à prestação do serviço, foram-lhe concedidos danos morais. Segue a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. [...] AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DMAE. EXCESSO DE CONSUMO DE ÁGUA. COBRANÇA INDEVIDA. CONSUMIDORA COM MÉDIA DE CONSUMO COMPROVADAMENTE REDUZIDA. EXCESSO VERIFICADO APÓS TROCA DE HIDRÔMETRO. ÔNUS DA PROVA DA CORREÇÃO DA COBRANÇA É DA AUTARQUIA FORNECEDORA DE SERVIÇOS, QUE NÃO LOGROU DEMONSTRAR QUALQUER MOTIVO QUE DESSE CAUSA AO AUMENTO. **DANOS MATERIAIS PRECISAM SER PROVADOS. DANO MORAL CONFIGURADO, EM FACE DA NÃO-RESOLUÇÃO DO PROBLEMA PELO DMAE, GERANDO PERDA DE TEMPO EM INÚMEROS DESLOCAMENTOS DA AUTORA VISANDO RESOLVER A QUESTÃO, A QUE NÃO DEU CAUSA.** [...] Os danos materiais não se presumem, sendo impositiva sua comprovação (art. 333, I, do CPC). [...] **Dano moral decorrente da falta de providência do fornecedor de serviços que jamais demonstrou, de forma séria e cristalina, a correção de sua conduta à consumidora,** gerando para a consumidora incomodações, transtornos e contratemplos, inclusive em seu horário útil de trabalho. **Dano moral in re ipsa.** Indenização estabelecida em 50 salários mínimos nacionais, tendo em vista **o caráter de reparação à ofendida e de penalização ao ofensor,** buscando evitar a repetição de condutas a que, infelizmente, é diuturnamente submetido o consumidor-cidadão brasileiro. Sucumbência redimensionada. Apelação da autarquia improvida. Recurso da autora parcialmente provido. Sentença mantida, no mais, em reexame necessário. (grifado)

No corpo do acórdão, o relator aduz que o dano moral abrange quaisquer abalos nos sentimentos, bens, ou interesses pessoais, tais como o nome, a honra, a integridade física,

<sup>252</sup> A análise do caráter ressarcitório, inibitório e punitivo assumido pelo dano moral foi abordado no capítulo 2, item 2.3.3.

<sup>253</sup> RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível e Reexame Necessário n.º 70003750700, Relator: Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Data de Julgamento: 24/06/2003, Primeira Câmara Especial Cível.

a família, dentre outros citados. O decurso do tempo representaria também um interesse na medida em que tem de ser dividido entre os afazeres de interesse do consumidor, tais como o contato com a família, o usufruto do lazer, e a dedicação ao trabalho. O relator afirma, ainda, que o dia possui 24 horas para que se tenha 8 para trabalhar, 8 para dormir e 8 para lazer, salientando a importância da utilização do tempo, bem escasso.

Destaca-se que no caso em análise, o dano moral fora considerado *in re ipsa*. A perpetração do ilícito – consubstanciada no comportamento abusivo do prestador de serviço – fez presumir a ocorrência do dano em análise. O acórdão relembra que a circunstância agrava-se ante a constatação de que os valores cobrados indevidamente são por vezes relevados pelos consumidores, que preferem sofrer o prejuízo monetário a ver parcela essencial do seu tempo desperdiçado na busca de soluções administrativas e – não raro – judiciais.

O Desembargador relator fez ainda importante menção ao grande montante de valor pecuniário percebido pelo prestador do serviço, que aufere pequeno valor em relação a um consumidor, mas um polpudo montante em relação à totalidade das cobranças indevidas.

A consumidora mereceu ver ressarcido seu dano ante a disposição de horas de trabalho, de seus dias e de seu tempo útil na busca da solução do problema a que, única e exclusivamente, dera causa o fornecedor. A autarquia municipal, ao invés de atender prontamente a solicitação formulada pelo cliente, desprezou o seu inconformismo e não solucionou o problema da cobrança indevida.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco, por sua 4ª Câmara Cível<sup>254</sup>, condenou o Banco do Brasil ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 a consumidora que teve de aguardar 3 horas e 56 minutos na fila para receber atendimento. A Câmara decidiu reformar a decisão de 1º grau que não havia concedido os pleiteados danos morais por entender se tratar o caso de mero dissabor, aborrecimento comum do cotidiano e, portanto, não indenizável.

A Câmara entendeu que a injustificada demora na fila caracterizou uma falha na prestação do serviço que foi além do mero aborrecimento.

Aduziu que o fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre fruição e riscos (art. 14, *caput*, do CDC).

---

<sup>254</sup> PERNAMBUCO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 230521-7, Relator: Des. Eurico de Barros Correia Filho, Data de Julgamento 07/04/2013, Quinta Câmara Cível.

Relembrou, ainda, que o risco do empreendimento enseja ao fornecedor o dever de garantir a qualidade dos bens e serviços que coloca no mercado de consumo, devendo arcar com os danos acarretados a terceiros pelos vícios ou fatos que daqueles decorrerem.

O Desembargador Eurico de Barros Correia Filho, relator do caso em análise, proferiu interessante voto tecendo algumas considerações acerca da importância do tempo, em lição que não se mostra meramente jurídica:

Do desperdício do tempo, dele cogitou Victor Hugo, ao assinalar que “a vida já é curta, e nós a encurtamos ainda mais desperdiçando o tempo”. [...] Tempos irreversíveis como a pedra atirada, a palavra dita, a ocasião perdida, porque tempos sem qualquer passado. [...] Do vilipêndio do tempo, porém, caso é saber que, na hipótese, esse tempo não é apenas desperdiçado, pela perda do próprio tempo, faculdade que é dada ao homem exercitá-lo nas circunstâncias do tempo e dos interesses de vida. Nessa segunda hipótese, a do vilipêndio, o tempo é subtraído violentamente do homem por terceiro, que rouba, sutilmente, a vida do outro, por atitudes de apreensão abusiva do tempo.

[...]

A questão é de extrema gravidade e não se pode admiti-la, por retóricas de tolerância ou de condescendência, que sejam os transtornos do cotidiano que nos submetam a esse vilipêndio de tempo subtraído de vida, em face de uma sociedade tecnológica e massificada, impessoal e disforme, onde nela as pessoas possam perder a sua própria individualidade, consideradas que se tornem apenas em usuários numerados em bancos informatizados de dados. [...] O banco da vida é diferente: temos seus dados de existência contados em segundos, minutos e horas, onde cada dia é também medida divina do tempo.

O voto mereceu ser parcialmente transcrito por esclarecer, de maneira única, a importância individual e social do tempo e, por certo, a necessidade de seu reconhecimento como bem jurídico tutelável, cuja violação deve ensejar a reparação cível. Longe de um mero dissabor, a perda do tempo é a perda da própria existência humana, a qual merece proteção em todos os seus aspectos.

### **3.3 Do reconhecimento do novo dano temporal**

#### **3.3.1 Da necessidade do reconhecimento do bem jurídico tempo**

O Código de Defesa do Consumidor fora promulgado com o intuito de reconhecer uma ampla gama de direitos subjetivos à categoria, bem como estabelecer os correspondentes deveres jurídicos dos fornecedores. Diploma protetivo que é, assegura aos seus sujeitos vulneráveis um novo rol de direitos e destina-lhes um tratamento diferenciado, visando conceder uma tutela mais efetiva ao grupo<sup>255</sup>.

---

<sup>255</sup> MIRAGEM, 2013, p. 187.



O código, visando compensar a desigualdade fática existente entre as partes contraentes, concedeu um tratamento jurídico protetor ao vulnerável, como meio da concretização da almejada *isonomia* apregoada pela Constituição brasileira, em seu. 5º, *caput*, da CRFB/1988. Acaso houvesse uma paridade de forças entre os sujeitos da relação consumerista, não haveria razão de existir um código que, por determinação constitucional, fora criado para proteger um dos contraentes em específico.

A busca por essa isonomia deve estar em consonância com outra garantia constitucional: a *liberdade*, também expressa no art. 5º, *caput*, da CRFB/1988, bem como no art. 1º, inciso IV, art. 3º, inciso I, art. 170, *caput*. Estas liberdades não se concretizam ou se asseguram por meio da ausência da intervenção estatal no mercado de consumo, muito pelo contrário.

Analizando sob o ponto de vista do fornecedor-empresendedor, a intervenção do estado possibilita o amplo exercício da livre iniciativa na medida em que coíbe a concorrência desleal e concede tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (art. 170, IX, CRFB/1988). Se assim não fosse, o mercado restaria (ainda mais) monopolizado por poucas empresas detentoras de parcela significativa do capital. A intervenção estatal, portanto, serve para assegurar uma livre iniciativa concreta, e não apenas formal.

A liberdade de empreender é também a liberdade de optar por arcar com os riscos do empreendimento e com o consequente dever de ressarcir o consumidor pelos danos causados em decorrência do desenvolvimento da prática lucrativa. Escolhe-se por empreender e reparar o mal causado pela sua atividade, ou não correr nenhum risco, sem empreender.

Analizando sob o ponto de vista do consumidor-cliente, a intervenção almeja garantir, tanto quanto possível, uma real liberdade desta para contratar e escolher o bem ou serviço que atenda às suas necessidades. A vedação de propagandas enganosas, práticas abusivas, informações incorretas, aumento arbitrário de preços, bem como demais ônus impostos pelo fornecedor, visam garantir a (reduzida) liberdade de escolha do consumidor.

No âmbito dos princípios legais, cabe lembrar que a busca do *equilíbrio das relações de consumo* e da *isonomia material* é a busca pela superação da *vulnerabilidade fática* do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor almeja a *efetiva* observância de tais princípios: seja por meio da decretação de nulidade de uma cláusula abusiva, pela repetição do indébito indevidamente cobrado, pela proibição de propagandas enganosas, pela responsabilização pelo vício ou defeito do produto, dentre outras medidas. O objetivo é viabilizar o comando constitucional que impõe a *defesa do consumidor* e assegurar a ampla reparação de quaisquer danos acarretados à categoria.

Tal desígnio se dá pela intervenção estatal no âmbito legislativo (cujo grande passo fora a elaboração do Código de Defesa do Consumidor), administrativo (por meio, por exemplo, de órgãos de fiscalização e controle do mercado de consumo) e judiciário, âmbito este que interessa mais fortemente ao presente estudo.

Os magistrados, no julgamento das lides propostas pelos consumidores, deverão atentar aos princípios constitucionais – da *isonomia*, *defesa do consumidor*, *liberdade* em sua atual acepção –, bem como aos objetivos visados pelo ordenamento – *justiça social* e *existência digna* –, de modo a concretizá-los ao máximo.

A Constituição representa o filtro por meio do qual deve ser lido todo o direito infraconstitucional, servindo de guia à aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, pela importância que apresenta, é tida como força normativa consolidada, podendo ser aplicada de forma direta aos casos concretos, assegurando de modo efetivo os princípios e direitos que consagra<sup>256</sup>.

Da mesma forma, os princípios legais insculpidos no CDC – que em verdade tornam explícitos os comandos constitucionais<sup>257</sup> – devem ser observados ao máximo na solução das demandas concretamente apresentadas.

De nada adiantaria um amplo rol de princípios orientadores se, no caso posto em análise ao julgador, tais restassem ignorados. Significa dizer que o magistrado, ao solucionar um conflito estabelecido entre o fornecedor – que auferir uma vantagem econômica com sua atividade – e o consumidor – que visa satisfazer uma necessidade real ou ilusória – deve respeitar a orientação finalística dada pelos princípios.

A solução da lide deve passar pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, cujo passo subsequente é o reequilíbrio das forças fáticas desiguais. O magistrado que ignora essa orientação ignora toda a justificativa histórica que embasou a criação do Código de Defesa do Consumidor.

O referido Código já fornece meios legais para a efetivação da defesa do contraente vulnerável mediante a aplicação dos institutos da inversão do ônus da prova, da responsabilidade objetiva (em regra), da possibilidade de tutela coletiva da categoria, dentre outros mecanismos que servem para assegurar sua proteção. Os princípios, a seu turno, podem auxiliar em lides cuja solução não se encontre expressamente prevista no ordenamento: o reconhecimento de um novo dano temporal e a sua proteção é um notável exemplo.

---

<sup>256</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85.

<sup>257</sup> NUNES, 2011, p. 111.

A imposição da perda de tempo útil ao consumidor é, hoje, uma das maiores expressões da situação de vulnerabilidade deste ante o fornecedor.

Explica-se. Quando o contraente vulnerável pleiteia a correção de um vício, a reparação de um defeito, a interrupção de uma prática abusiva, a devolução de um valor cobrado indevidamente – dentre outros exemplos –, está pleiteando o que lhe é garantido pelo Código de Defesa do Consumidor. No entanto, tais garantias não impedem que o fornecedor ignore as demandas de seu cliente. O consumidor, em tais casos, vê-se obrigado a buscar a solução dos problemas aos quais não dera causa, despendendo seu *tempo* – e seus *recursos produtivos*<sup>258</sup> – para sanar a falha que jamais deveria ter se concretizado.

A existência do atual diploma protetor, portanto, não tem se mostrado suficiente para reequilibrar a desigualdade de força existente entre os contraentes: a posição dominante do empreendedor ainda impõe ao consumidor vulnerável a assunção desse dano acarretado por falha do fornecedor. É preciso robustecer essa tutela jurídica, por meio do reconhecimento da necessidade de ressarcir a perda de tempo imposta ao consumidor que se vê impelido a buscar a solução dos problemas ocasionados pelo fornecedor.

A vulnerabilidade ainda é agravada quando há uma maior dependência do consumidor para com um determinado produto ou serviço oferecido no mercado. Tal impede muitas vezes que o consumidor proceda a sua substituição, ficando à mercê da boa vontade do fornecedor para a resolução do impasse por este criado.

Pode inexistir ou ser dificultoso encontrar um fornecedor que comercialize determinado produto ou preste determinado serviço nos mesmos moldes que o buscado pelo consumidor. As possibilidades não são, como se pensa, ilimitadas. São finitas, por vezes escassas e até mesmo únicas as opções que se apresentam.

O consumidor escolhe, dentre as poucas operadoras de telefonia celular, uma de sua preferência. Contrata alguma das conhecidas seguradoras privadas que apresente um relativo grau de confiabilidade. Abre uma conta corrente em qualquer banco que, de acordo com a mensagem publicitária, possui as melhores taxas do mercado. Não são muitas as alternativas. Por vezes, nem mesmo escolha resta: o contraente se vê obrigado a receber os serviços da única concessionária de saneamento de água e esgoto do município, ou utilizar o transporte coletivo que lhe é oferecido.

A necessidade em receber o serviço ou adquirir o produto e a reduzida possibilidade de escolha dentre os fornecedores aprofunda ainda mais o desequilíbrio de

---

<sup>258</sup> Termo utilizado por Marcos Dessaune em sua obra *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

forças verificado na relação consumerista: ao mesmo tempo em que intensifica o poder de decisão do fornecedor – seja quanto à quantidade, ao modo ou mesmo às características do produto ou serviço colocado à disposição no mercado – torna ainda mais fragilizado o consumidor reconhecidamente vulnerável.

Mesmo que não seja o caso de um fornecimento limitado e escasso, a expectativa legítima na qualidade adequada do produto ou prestação eficiente do serviço por parte do fornecedor já deveria bastar para a formação do convencimento dos magistrados no que toca à vedação da imposição da perda de tempo útil ao consumidor. Se este contrata um serviço ou adquire um produto, espera que o mesmo não apresente falhas. E, caso apresente, espera que o fornecedor corrija-as de modo rápido e eficiente, justamente em razão de tais falhas não deverem vir a existir.

Ocorre, no entanto, a situação inversa. O vício ou defeito do produto, a prática abusiva, a cobrança indevida, dentre outros exemplos vedados pelo ordenamento, verificam-se na prática. E um segundo desacerto se observa no caso em concreto: a desídia em solucionar a falha que, repita-se, não deveria existir.

Exsurge, daí, situação contraditória aos princípios visados pelo sistema: a consequência negativa da busca para solucionar o problema ao qual *o fornecedor* dera causa recai justamente sobre *o consumidor*, que vê parcela considerável de seu tempo sacrificada para solucionar a falha.

Tal consequência fere a base da responsabilidade objetiva estatuída pelo Código Defesa do Consumidor: a transferência dos riscos do empreendimento a quem auferir os lucros advindos da sua atividade, no caso, o fornecedor. É este quem deve arcar com os prejuízos provenientes de suas próprias falhas, e não o consumidor, parte vulnerável que se pretende tutelar. Se este tem parte de seu bem *tempo* sacrificado, impõe-se ao fornecedor (contraente que exerce posição dominante) o dever de indenizar a violação deste bem.

Como ressaltado, a jurisprudência majoritária não vem entendendo dessa forma. Adota o posicionamento de que a perda de tempo imposta ao consumidor é um mero dissabor não ressarcível. Com exceção de notáveis julgados – em especial os provenientes do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que a teoria é aceita amplamente – os magistrados pátrios esquecem que esse mero contratempo pode até ser corriqueiro, mas não é juridicamente admissível.

A reiteração de uma prática antijurídica não pode servir para torná-la aceitável; pelo contrário, exige em maior medida o seu reconhecimento como conduta violadora de valores jurídicos e, portanto, apta a gerar o dever de reparar o mal causado. A perda de tempo

ocasionada ao consumidor não pode ser tida como algo normal, por decorrer justamente do descumprimento, pelo fornecedor, dos dispositivos consumeristas. Este descumprimento deveria se constituir em uma exceção ante a atual normativa consumerista, que impõe um rol de deveres aos empreendedores justamente com o intuito de impedir a ocorrência de danos ao consumidor.

Em síntese, a necessidade do reconhecimento do bem jurídico *tempo* impõe-se ante as ocorrências frequentes de mau atendimento ao consumidor e a consequente perda de seu tempo útil na busca pela solução das falhas do serviço e produto fornecidos. A consagração desse novo dano indenizável servirá para amparar o consumidor e fortalecer a proteção que atualmente não se mostra satisfatória para impedir a ocorrência deste prejuízo temporal. O objetivo é agregar mais um valor jurídico ao diploma consumerista.

A norma legal veio para concretizar os ditames constitucionais assegurados aos consumidores, que reconhecem sua fragilidade ante o poder do fornecedor de decisão e de conformação quanto aos bens e serviços dispostos no mercado. Se a norma infraconstitucional se mostra insuficiente, incompleta ou inadequada, a interpretação sistemática dos princípios e direitos assegurados ao consumidor servirá para suprir a lacuna legislativa.

Portanto, os princípios – constitucionais e legais – deverão ser observados pelo julgador na análise do caso em concreto. Este deverá verificar se a decisão que adota serve de concretização aos ditames constitucionais: se de fato tutela o consumidor ante a maior capacidade técnica e econômica do fornecedor, que detém, com exclusividade, o controle do bem ou serviço prestado; se garante a paridade jurídica entre as partes, por meio do tratamento protetivo destinado ao vulnerável; se transfere o ônus da atividade lucrativa ao seu beneficiário (o fornecedor), consequência direta da livre iniciativa; se garante a justiça social no caso em concreto e se assegura a dignidade do consumidor – objetivos da própria ordem econômica e, portanto, obrigatoriamente das atividades desenvolvidas no âmbito desta –; se serve para reparação, de modo integral, todos os danos acarretados ao consumidor (incluindo o prejuízo temporal) e se impõe o respeito à observância das regras de conduta que se espera de cada contraente (em atendimento à boa fé objetiva).

A efetividade da tutela constitucional e infraconstitucional dependerá do grau de concretização dos direitos e bens jurídicos por esta assegurados. Para a garantia da efetividade da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor, seus dispositivos devem ser interpretados sem ignorar a sua orientação principiológica, os fatos sociais que buscam reger, e as mutações verificadas na sociedade sobre a qual se assentam.

### **3.3.2 Da possibilidade jurídica do reconhecimento do dano temporal**

#### *3.3.2.1 Da interpretação e da integração jurídica*

As relações de consumo estão em incessante modificação. Novos problemas são postos a cada dia, demandando a criação constante de novas soluções. No entanto, a evolução legislativa não acompanha tais mutações, mostrando-se insuficiente para solucionar os conflitos apresentados no corpo social.

Quando o legislador não cumpre com sua função de adequar o sistema à nova realidade – por desinteresse político ou impossibilidade material de acompanhar suas constantes transformações –, deixando de regular determinadas situações que mereceriam regramento expresso (ou cujo regramento não se mostra o suficiente para discipliná-las em sua totalidade), cabe ao intérprete fazê-lo. A autorização para a integração dos casos omissos e interpretação adequada dá-se pelo próprio ordenamento jurídico.

O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. O art. 5º do mesmo diploma, aplicável ao âmbito não da integração, mas da interpretação, informa que na “aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Os dois dispositivos servem para demonstrar que a atividade jurisdicional do magistrado deve se adequar aos fins visados pelo ordenamento como um todo, incluindo sua orientação principiológica. Se o microssistema consumerista busca tutelar o consumidor vulnerável, assegurando uma efetiva prestação de serviço e fornecimento de produtos com qualidade, a solução de uma demanda em concreto deverá observar tais desígnios. A atividade jurisdicional em casos omissos, obscuros ou duvidosos, não será arbitrária se estiver em conformidade com os princípios que regem a matéria.

#### *3.3.2.2 Da conduta antijurídica, do nexo de causalidade, e da ocorrência do dano temporal*

Consoante demonstrado no capítulo dois, a responsabilidade objetiva – que vige de modo preponderante no âmbito do Código de Defesa do Consumidor<sup>259</sup> – exige a presença de três elementos.

O primeiro deles é a conduta antijurídica, que prescinde de qualquer grau de culpabilidade para fins de imputação de responsabilidade ao fornecedor. Para efeitos do reconhecimento do dever de indenizar os danos causados ao consumidor, pouco importa se houve uma conduta intencional (dolosa); negligente, imprudente, ou imperita (culposa); ou não censurável do ponto de vista da culpabilidade (mesmo que decorrente de um fortuito interno haverá o dever de indenizar).

O segundo é o nexo de causalidade, liame existente entre a conduta perpetrada pelo agente e o dano arcado pela vítima. Se este decorre daquela, estará caracterizado o nexo.

Por último, e mais importante, é a presença do dano. Este se caracteriza pela lesão a um bem jurídico; jurídico, porque reconhecido pelo ordenamento como bem social merecedor de tutela e passível de proteção.

Como dito no capítulo precedente, o ordenamento pátrio é atípico, por não indicar taxativamente os interesses tuteláveis e as violações que ensejam um dano ressarcível. Ao contrário dos ordenamentos italiano e alemão, o legislador brasileiro não limita os interesses cuja violação origina um dano que enseja o dever de indenizar<sup>260</sup>.

O sistema jurídico limita-se apenas a prever uma cláusula geral de ressarcimento pelos danos materiais ou morais acarretados a terceiros<sup>261</sup>, contida no art. 927 do Código Civil. Este dispõe que “aquele que, por ato ilícito<sup>262</sup> (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Não há qualquer limitação ao conceito de dano ou definição de um parâmetro para sua interpretação.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor assegura o direito à efetiva prevenção e reparação de danos, que consagra, segundo Bruno Miragem, o *princípio da reparação integral dos danos*. Deste decorre o dever de ressarcir todos os danos causados ao consumidor, sejam estes um prejuízo direto do fato danoso, ou uma consequência deste<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> Ressalva à necessidade de auferir a conduta culposa nas hipóteses de responsabilidade dos profissionais liberais, prevista no art. 14, §4º, CDC.

<sup>260</sup> SCHREIBER, 2013, p. 102.

<sup>261</sup> SCHREIBER, 2013, p. 102.

<sup>262</sup> Ressalte-se que o ilícito no âmbito das relações consumeristas deve ser entendido apenas em seu aspecto objetivo (conduta antijurídica), já que a imputação de responsabilidade objetiva prescinde da verificação da culpa (ilícito em seu aspecto subjetivo).

<sup>263</sup> MIRAGEM, 2013, p. 205.

Quando o consumidor contrata um determinado serviço ou compra um determinado produto, espera poder usufruir destes na medida em que fora contratado e no tempo que fora acordado. A insuficiência na quantidade do produto vendido, a falta de segurança do mesmo, a diminuta qualidade, bem como o atraso na entrega não estavam nos termos do contrato firmado. A partir do momento em que o fornecedor do produto ou serviço falha em algum destes aspectos, terá sido quebrado o seu dever originário de prestar o serviço na forma em que fora contratado e – mais importante do que isto – nos moldes em que o consumidor esperava que fosse cumprido, nos termos da boa-fé objetiva.

Dessa quebra do dever originário surge a responsabilidade civil, consubstanciada no dever de reparar o prejuízo acarretado em função da violação às regras estabelecidas pelo CDC<sup>264</sup>, o qual impõe não somente a prestação de um serviço ou oferecimento de um produto de qualidade, mas também a solução das falhas apresentadas por estes em tempo hábil.

Quando se adquire um produto e este apresenta falhas, espera-se que o fornecedor tome as providências dentro dos prazos legais<sup>265</sup>, e não imponha ao consumidor o ônus de buscar, incessantemente, a solução do impasse a que o fornecedor dera causa. Quando se pede para cancelar um serviço telefônico que, ao contrário da publicidade realizada, lhe impõe muitas *fronteiras* – frustrando o objetivo primordial da contratação –, espera-se que tal seja feito imediatamente. Quando se pede para cancelar a cobrança indevida de taxas no cartão de crédito e o ressarcimento imediato do dispêndio realizado, espera-se que o fornecedor sane a falha para que o referido desconto indevido não seja efetuado no mês seguinte. A situação mostra-se ainda mais grave nos casos em que o consumidor não pode nem mesmo optar pelo prestador do serviço (tal como ocorre com os serviços de água e saneamento).

Tais condutas, decorrendo direta ou indiretamente da falha de qualidade do produto ou serviço prestado, violam a boa fé objetiva – princípio<sup>266</sup> e cláusula geral<sup>267</sup> –, a qual impõe ao fornecedor conduta compatível com sua posição assumida no mercado: satisfazer a necessidade do consumidor e evitar quaisquer danos a este<sup>268</sup>, prestando um atendimento de qualidade ao consumidor.

Os atuais fornecedores quebram com esse dever juridicamente tutelado ao impor ao consumidor uma situação que não só não lhe era desejada, como também não era esperada.

---

<sup>264</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2

<sup>265</sup> Art. 18, §§ 1º e 2º, CDC.

<sup>266</sup> Art. 4º, inciso III, CDC

<sup>267</sup> Art. 51, inciso IV, CDC

<sup>268</sup> O objetivo primário do fornecedor é auferir vantagem econômica com sua atividade, mas esta desse se coadunar com os objetivos constitucionais da ordem econômica – garantia da existência digna e busca pela justiça social.



Esperada não no sentido de criação de uma expectativa pessoal, mas no sentido de conduta modelo imposta ao fornecedor pela boa fé objetiva, nos termos já trabalhados no primeiro capítulo.

Havendo dano e havendo violação de um dever jurídico originário, haverá o dever sucessivo de repará-lo<sup>269</sup>. No caso do dano temporal, o embasamento jurídico para o seu ressarcimento decorre da quebra do dever da boa fé objetiva que pauta as relações de consumo (e as próprias relações negociais que se desenvolvem no âmbito do diploma civilista), e a existência concreta e jurídica de um dano temporal, dano este irreversível.

### *3.3.2.3 Da justiça concreta*

A busca da almejada justiça, concretamente considerada, é elencada como objetivo fundamental no art. 3º, inciso I, da CRFB/1988<sup>270</sup>. A imposição serve ao legislador, que deve normatizar as situações de modo a garantir a igualdade material e harmonia social. Mas é direcionada também ao intérprete da lei, que deverá buscar na aplicação destas soluções condizentes com a realidade brasileira, sem desrespeita, é claro, os demais princípios constitucionais.

A função do intérprete não se restringe somente ao preenchimento das lacunas legislativas – ocorrência não tão rara quando se compara a velocidade de mudanças sociais ao processo de criação, revogação e produção de normas. A este é imposta também, diante de um determinado caso e de uma determinada norma jurídica, a tarefa de “atenuar os rigores do texto normado, mitigando seu apelo formal”, agindo com equidade<sup>271</sup>. A lei, por ser universal, pode não se adequar a certas situações em razão da particularidade apresentada por estas ou mesmo em razão de uma alteração histórica, social, política ou econômica que a torna inadequada ou insuficiente para propor uma solução adequada ao caso regrado.

Sempre será impossível ao legislador prever todas as variações e nuances que uma determinada situação regulada poderá apresentar. Por isso mesmo é essencial que o intérprete faça o papel da adaptação da norma quando sua aplicação cega for ineficaz ou mesmo nociva. Nunes esclarece que “a equidade supre o erro proveniente do caráter absoluto

---

<sup>269</sup> CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2

<sup>270</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

<sup>271</sup> NUNES, 2011, p. 69.

da disposição legal. Ela é a justiça levada a cabo no caso concreto”<sup>272</sup>, portanto, a correção da omissão ou desacerto da lei.

#### 3.3.3.4 Do enquadramento do dano temporal

Consoante já tratado, o autor Marcos Dessaune defende o reconhecimento deste dano temporal como um novo gênero de dano, distinto dos amplamente reconhecidos dano moral e material. Para tanto, aduz que deveria ocorrer uma mudança a nível constitucional (preferencialmente) ou legal, prevendo de modo expresso a existência deste novo dano<sup>273</sup>.

Certamente a previsão expressa representaria uma maior garantia à tutela deste dano *temporal*, pondo um fim à questão da possibilidade de seu ressarcimento. No entanto, o seu reconhecimento independe de previsão legal ou constitucional nesse sentido.

Como abordado anteriormente, o próprio ordenamento brasileiro oferece soluções para o reconhecimento deste *dano temporal*: a interpretação conforme os princípios constitucionais e infraconstitucionais, em especial a boa-fé objetiva; a possibilidade de tutela de outros direitos que não os previstos pelo diploma consumerista, conforme previsão contida no art. 7º do CDC<sup>274</sup>; a supressão de lacunas autorizada pelo artigo 4º da LINDB<sup>275</sup> e a cláusula geral de ressarcimento de danos prevista no art. 927 do CC<sup>276</sup> são meios mais que suficientes para amparar o seu reconhecimento, sem exigir disposição expressa nesse sentido.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como dito, notável exemplo, já vem adotando a *Teoria da Perda de Tempo Útil* para embasar a indenização pelo dano temporal, enquadrando-o dentro do gênero dano moral. A solução fora ampliar o rol de bens jurídicos abarcados por este, passando a incluir esse novo dano. Tal se coaduna perfeitamente a atual orientação – não só nacional –, de intensificação de tutela dos atributos da personalidade humana. A garantia da dignidade vem fortalecendo a proteção de todos os aspectos da pessoa, servindo, também, para justificar a tutela desse escasso recurso temporal de que o indivíduo dispõe.

---

<sup>272</sup> NUNES, 2011, p. 70.

<sup>273</sup> DESSAUNE, 2011, p. 133-134.

<sup>274</sup> Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

<sup>275</sup> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>276</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Enquadrando-se ou não este novo dano dentro do gênero danos morais, o importante é o seu reconhecimento como bem jurídico, cuja violação é passível de tutela. O ponto primordial é o reconhecimento deste bem, e não o seu enquadramento como categoria autônoma ou categoria estendida dos danos morais.

O importante é reconhecer o fundamento próprio que sustenta a reparabilidade deste novo dano: a perda em si do tempo, considerado bem jurídico. Se, na aplicação do caso concreto, o magistrado desejar erguê-lo a um dano autônomo e distinto, ou enquadrá-lo dentro do dano moral, resultará tutelado o direito do consumidor. Deve-se apenas atentar para sua independência em relação aos demais danos considerados morais. Como exemplo, cite-se o caso do dano estético, que, mesmo quando concedido dentro do gênero dano moral<sup>277</sup>, é assegurado em razão da independência do dano acarretado à integridade física.

### 3.4 Da concretização da tutela ao consumidor

O fornecedor possui o dever legal de comercializar produtos e prestar serviços que tenham padrões adequados de qualidade, de segurança, de durabilidade e de desempenho (art. 4º, II, alínea d, do CDC), atendendo às necessidades do consumidor, evitando possíveis prejuízos, ressarcindo os danos já acarretados (art. 6º, VI, CDC), e se abstendo de perpetrar práticas abusivas (art. 39, CDC).

Deve, ainda, agir com boa fé (art. 4º, III), respeitar a dignidade do consumidor e contribuir com a melhoria da sua qualidade de vida (art. 4º, *caput*).<sup>278</sup>

Descumprindo tais preceitos, restará violado o dever jurídico originário. Ademais, Se o descumprimento destes pelo fornecedor causarem um *prejuízo temporal* ao consumidor, furtando-lhe o tempo e desviando-o de seus *recursos produtivos*<sup>279</sup>, restará caracterizado o dano pela *perda do tempo útil*. Não se trata aqui de um mero dissabor, como alguns erroneamente tratam, mas de uma violação sistemática do direito do consumidor à prestação de um serviço de qualidade.

---

<sup>277</sup> Em que pese o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça ser no sentido de dar-lhe um tratamento autônomo, consoante Recurso Especial n.º 254.445/PR, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 08/05/2013, Terceira Turma. Ainda, de especial importância, o Recurso Especial, n.º 705.457/SP, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Data do Julgamento: 02/08/2007, Quarta Turma, em que o relator ministro esclarece que o dano estético pode ser deferido separadamente, ou englobado pelo dano moral, desde que quantificado em quaisquer dos casos.

<sup>278</sup> DESSAUNE, 2011, p. 42.

<sup>279</sup> Expressão utilizada por Marcos Dessaune em sua obra *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Como tratado anteriormente, não há fundamento jurídico que impossibilite o reconhecimento deste novo dano. Existe amparo legal e constitucional para embasar sua reparação, decorrendo este do arcabouço construído em torno do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal, com todos os seus princípios com força normativa.

A função do julgador pressupõe este ato de integração e interpretação. E este é feito não com base apenas na leitura da norma, mas atentando-se a todo o sistema jurídico. As características e fundamentos do ordenamento aplicável é que orientarão o intérprete<sup>280</sup>. É justamente dessa interpretação sistemática que resulta a unidade do ordenamento<sup>281</sup>, sem a qual se constituiria este em apenas um apanhado de normas esparsas e sem sentido.

A insuficiência legal, portanto, não pode servir de argumento para que o intérprete deixe de assegurar o ressarcimento ao consumidor. Os princípios constitucionais e legais, bem como a integração de lacunas nos casos omissos e a aplicação da equidade nos casos concretos, servem de diretriz para a solução da lide posta ao magistrado. A ausência de previsão jurídica expressa de determinada categoria de dano não afasta a existência concreta desse mesmo dano, impondo ao intérprete a busca de uma solução jurídica justa e equitativa.

A própria sistemática geral da responsabilidade civil ampara o reconhecimento do novo dano. O ordenamento civil prevê em seu art. 927 que “aquele que [...] causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, sem limitar o conceito de dano ou definir um parâmetro para sua interpretação.

Portanto, à medida que a jurisprudência – e também a doutrina – de modo fundamentado e coerente com o restante do ordenamento jurídico, vislumbrar a presença de um bem social que mereça ser alçado à categoria de bem jurídico, restará consagrado um novo dano, decorrente de sua violação.

Não se deve ter medo de responsabilizar o verdadeiro causador do dano: o fornecedor que agiu com desídia e que obteve lucro com o exercício da atividade empreendida, cujo risco, repita-se, fora igualmente assumido por este ao iniciar sua prática comercial.

Ademais, não fora o consumidor que prestou de modo inadequado o serviço, ou que colocou no mercado um produto que não atende as especificações técnicas que dele se exige. Não fora, da mesma forma, o consumidor que lucrou com a inadequação do serviço ou produto comercializado. Portanto, por que deveria ser este a arcar com o ônus da demora na solução do impasse? Por que deveria ser este a ter seu tempo de trabalho, de estudo, e – por

---

<sup>280</sup> NUNES, 2011, p. 51

<sup>281</sup> NUNES, 2011, p. 53

que não? – de lazer sacrificado em razão de uma falha gerada única e exclusivamente pelo fornecedor e real causador do dano?

As recorrentes situações a que são expostos os consumidores exigem um resposta à altura. De se destacar que, ao decidirmos deixar de responsabilizar o fornecedor pelo dano acarretado, estamos, em verdade, responsabilizando o próprio consumidor. O dano não deixa de existir com a ausência de responsabilidade; seu ônus permanece e é repassado ao contraente vulnerável que se busca tutelar: o consumidor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento do Código de Defesa do Consumidor revolucionou o tratamento destinado às relações jurídicas estabelecidas entre os sujeitos consumidor e fornecedor. Com princípios orientadores próprios e a instituição de um novo rol de direitos, passou a tutelar uma categoria que até então não havia recebido um regramento jurídico adequado à posição social e econômica assumida no mercado de consumo.

O novo diploma, resultado da imposição contida no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, buscou concretizar os ditames da norma maior, orientados para a defesa do consumidor.

Em que pese todo o arcabouço construído com o desígnio de tutelar o sujeito vulnerável da relação de consumo, certas práticas perpetradas no mercado – representativas de um desrespeito generalizado às garantias asseguradas pelo diploma consumerista – são consideradas pela doutrina e jurisprudência majoritárias como um *mero dissabor*, um *contratempo*, ou um *simples aborrecimento*, não passíveis de reparação.

Uma das práticas mais recorrentes – e que não tem recebido a atenção devida dos juristas – é a imposição da denominada *perda de tempo útil* ao consumidor. Este, ao se deparar com um vício no produto comercializado ou serviço prestado pelo fornecedor, ao sofrer uma cobrança indevida ou as consequências de uma prática abusiva – dentre outros exemplos corriqueiros, mas inaceitáveis –, vê-se obrigado a desperdiçar parcela de seu tempo e se desviar de seus *recursos produtivos*<sup>282</sup> para solucionar a falha a que o próprio fornecedor dera causa. Isso quando não opta por sofrer os prejuízos pecuniários em lugar de sacrificar o escasso *tempo* de que dispõe tentando resolver o impasse e garantir um direito que lhe é assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor. A perda deste tempo, no entanto, não tem sido considerada como merecedora de tutela.

No presente estudo, buscou-se demonstrar o equívoco de tal posicionamento por meio da análise dos *princípios constitucionais* – da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da isonomia e da defesa do consumidor –, bem como dos *princípios legais* – da vulnerabilidade, da harmonia, da boa-fé, da intervenção estatal, do protecionismo, do equilíbrio e da efetividade – que regem a matéria.

---

<sup>282</sup> Termo cunhado por Marcos Dessaune, autor da obra *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O posicionamento jurisprudencial majoritário não condiz com a orientação dada por essas diretrizes norteadoras de todo o ordenamento nacional<sup>283</sup>, na medida em que considera tolerável a violação ao bem jurídico *tempo* do consumidor. Bem este que representa um *recurso limitado, inacumulável e irrecuperável*<sup>284</sup>, precioso aos olhos do indivíduo que sofre com sua perda, mas irrelevante aos olhos dos julgadores que toleram sua violação.

Os princípios consolidados pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor, tal como demonstrado no capítulo primeiro, asseguram ao contraente vulnerável a proteção contra a dominação técnica e econômica imposta pelo fornecedor, bem como a reparação de quaisquer danos acarretados pelo empreendimento por este desenvolvido. A partir do momento em que a atividade desempenhada pelo fornecedor – a qual lhe confere um retorno financeiro – provoca um dano a qualquer bem jurídico do consumidor, este passa a ter direito à reparação pecuniária correspondente. Não poderia, portanto, ser diferente com o bem *tempo*. Quando o Estado-juiz não ampara o ressarcimento deste dano, ignora a razão de existir uma normativa especialmente voltada ao consumidor: a sua tutela contra os possíveis prejuízos advindos da atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor.

O princípio da dignidade humana assume papel essencial na tutela do sujeito vulnerável da relação de consumo. Do mesmo modo que norteia as relações instituídas entre os particulares e entre estes e o poder público, orienta as relações estabelecidas entre consumidor e fornecedor. A observância deste implica no respeito aos aspectos individuais (tais como o nome, a liberdade, a honra, a vida) e sociais do homem consumidor (trabalho, saúde, educação, lazer, dentre outros). O tempo, como expressão da vida e alicerce para o exercício da profissão, do estudo e do ócio, merece tutela jurídica.

Da mesma forma, os direitos assegurados ao consumidor, com destaque à “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, V), à “garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho” (art. 4º, II, d), bem como à responsabilização pelos vícios e fatos do produto e serviço (Título I, Capítulo IV, Seções II e III), impõe o ressarcimento a qualquer dano – incluindo esse novo *dano temporal* – acarretado ao consumidor. Por certo que, se o ordenamento nacional se propôs a garantir a plena defesa do contraente vulnerável, tal dano também deverá ser reparado.

---

<sup>283</sup> Segundo conceituação dada por Luis Antonio Rizzatto Nunes, em sua obra *Curso de direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47-49.

<sup>284</sup> DESSAUNE, 2011, p. 106.

Conforme tratado no capítulo segundo, o dever de responsabilizar no âmbito das relações de consumo surge a partir do momento em que se constata a presença de uma conduta antijurídica e o seu correspondente dano. Portanto, a ocorrência de violação a um preceito contido no Código de Defesa do Consumidor e o subsequente dano temporal – consubstanciado na perda de tempo imposta ao consumidor que intenta solucionar a falha a qual dera causa o próprio fornecedor – geram o dever de indenizar a vítima.

A violação é caracterizada pelo desrespeito aos deveres impostos pelo CDC, seja este um dever de qualidade-segurança/qualidade-adequação<sup>285</sup>, de agir conforme os preceitos da boa-fé objetiva, de se abster de perpetrar práticas abusivas, dentre outros ditames estabelecidos pelo Código.

O dano, por sua vez, é caracterizado pela violação a um bem reconhecido pelo ordenamento como merecedor de tutela. No caso do sistema jurídico nacional, não há um rol taxativo de bens tuteláveis, cabendo à doutrina e à jurisprudência a seleção dos bens merecedores de proteção<sup>286</sup>, visto que o atual ordenamento apenas prevê uma cláusula geral de ressarcimento de danos<sup>287</sup>. Ademais, o próprio sistema de normas brasileiro confere os instrumentos necessários para a ampliação do rol de bens, direitos e valores tuteláveis juridicamente, por meio da utilização dos princípios gerais de direito<sup>288</sup> para a supressão de lacunas ou ampliação dos direitos assegurados ao consumidor<sup>289</sup>.

A aceitação de um novo bem (e um novo dano, consequentemente) é feita com base na orientação dada pelos princípios e normas do sistema jurídico. A defesa do consumidor é um direito fundamental e um princípio da ordem econômica, a qual busca, além da garantia à tutela do consumidor, a efetivação da dignidade da pessoa humana e a concretização da justiça social. Portanto, todas as atividades econômicas desenvolvidas em âmbito nacional devem observar tais preceitos. Não o fazendo e, ademais disso, causando a *perda de tempo* do consumidor (prejuízo incalculável), deverá haver o ressarcimento deste.

---

<sup>285</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 235.

<sup>286</sup> SCHREIBER, 2013, p. 103.

<sup>287</sup> Código Civil: art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>288</sup> Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>289</sup> Código de Defesa do Consumidor: art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.



A doutrina, com a obra pioneira de Marcos Dessaune<sup>290</sup>, e uma parcela inovadora da jurisprudência nacional, com o notável exemplo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, vem reconhecendo na *perda de tempo útil* do consumidor uma nova categoria de bem, cuja violação é passível de ressarcimento. Seja por meio do reconhecimento deste dano como novo gênero autônomo (tese defendida por Marcos Dessaune), seja por meio da ampliação das espécies de danos enquadradas no gênero dano moral (teoria aplicada pelo tribunal carioca), o ponto essencial é o reconhecimento desse novo valor e a imposição de seu ressarcimento ao fornecedor que dera causa ao desperdício temporal.

A aceitação desse novo dano assegurará a concretização da justiça, almejada pelo constituinte no art. 3º, inciso I e art. 170, *caput*, da CRFB/1988. A sua aplicação ao caso em concreto pressupõe a interpretação não só dos princípios que regem a matéria, mas também da própria realidade brasileira no que tange às relações de consumo. Sendo, atualmente, uma das mais corriqueiras práticas no mercado, a imposição dessa *perda de tempo* ao consumidor deve ser reconhecida pela doutrina e combatida pelos tribunais pátrios.

Seria injusto impor ao consumidor o ônus dessa *perda de tempo*, visto que não foi este que prestou de modo inadequado o serviço, ou comercializou um produto que não atende às qualificações que dele se exige. Da mesma forma, não foi o consumidor que lucrou com a atividade desenvolvida no mercado de consumo. Portanto, não deve ser este a arcar com o ônus da demora na solução do impasse, oriundo de uma conduta antijurídica perpetrada pelo fornecedor.

Considerando que o sistema nacional é plenamente compatível com o reconhecimento de novos bens jurídicos; considerando que o bem *tempo* é, incontestavelmente, bem pessoal e social de extrema relevância; considerando que na atual sociedade de consumo sua perda indevida é acarretada por uma falha no atendimento ao consumidor (consubstanciada na quebra da boa-fé objetiva, do dever de qualidade-segurança ou qualidade-adequação, dentre outros deveres estabelecidos pelo CDC); considerando que o fornecedor é o causador do dano e beneficiário da atividade lucrativa; considerando que a ordem econômica é pautada na justiça social e dignidade humana; considerando que há um comando constitucional não só reconhecendo, mas impondo ao Estado a promoção da defesa do consumidor; por todos os motivos expostos, imperativa a necessidade de reconhecimento do dano temporal (como categoria autônoma ou categoria enquadrada no âmbito dos danos morais), para a tutela efetiva dos consumidores.

---

<sup>290</sup> *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*, 4 ed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20/09/2013.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De4657compilado.htm)>. Acesso em: 20/09/2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 20/09/2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20/09/2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.376.449/SP, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 18/06/2013, Quarta Turma.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 84.752/RJ, Relator: Ministro Ari Pargendler, Data de Julgamento: 21/02/2000, Terceira Turma.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 327.210/MG, Relator: Ministro Barros Monteiro, Data de Julgamento: 04/11/2004, Quarta Turma.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 401.124/BA, Relator: Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, Data de Julgamento: 05/10/2004, Terceira Turma.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 788.459/BA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 08/11/2005, Quarta Turma.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.159.242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 254.445/PR, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 08/05/2013, Terceira Turma.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n.º 705.457/SP, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Data do Julgamento: 02/08/2007, Quarta Turma.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *A interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro, Forense, 1983.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

LIMA, Alvido. *Culpa e risco*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIGUEL, Alexandre. *Responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETO, Inácio de Carvalho. *Abuso de Direito*. Curitiba: Juruá, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1

\_\_\_\_\_. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 230521-7, Relator: Des. Eurico de Barros Correia Filho, Data de Julgamento: 07/04/2013, Quinta Câmara Cível.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 279219-61.2009.8.19.0001, Relator: Des. Monica Tolledo de Oliveira, Data de Julgamento: 27/10/2010, Quarta Câmara Cível.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 0099632-11.2011.8.19.0001, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 19/11/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 279219-61.2009.8.19.0001, Relator: Des. Monica Tolledo de Oliveira, Data de Julgamento: 27/10/2010, Quarta Câmara Cível.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 0099632-11.2011.8.19.0001, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 19/11/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0342729-43.2012.8.19.0001, Relator: Des. Rogério de Oliveira Souza, Data de Julgamento: 06/09/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 2223672-68.2011.8.19.0021, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 04/09/2013, Quarta Câmara Cível.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0147702-59.2011.8.19.0001, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 30/07/2013, Quarta Câmara Cível.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0243565-42.2011.8.19.0001, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 02/07/2013, Quarta Câmara Cível.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0014904-04.2009.8.19.0067, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 05/07/2013, Quarta Câmara Cível.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 0004280-81.2011.8.19.0209, Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem, Data de Julgamento: 23/05/2013, Quarta Câmara Cível.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Apelação Cível n.º 2225680-18.2011.8.19.0021, Relator: Des. Carlos Azeredo de Araújo, Data de Julgamento: 27/08/2013, Oitava Câmara Cível.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Apelação Cível n.º 0008949-35.2010.8.19.0203, Relator: Des. Lúcio Durante, Data de Julgamento: 06/11/2013, Vigésima Terceira Câmara Cível.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível e Reexame Necessário n.º 70003750700, Relator: Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Data de Julgamento: 24/06/2003, Primeira Câmara Especial Cível.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 5 ed, São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Agathe Schmidt da. Cláusula geral da boa-fé nas relações de consumo. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 17. jan./mar. 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3 ed, São Paulo: Atlas, 2013, p.6.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.